

A democracia militante na pauta do supremo tribunal federal

Gilberto Marcos Martins¹

José Adércio Leite Sampaio²

RESUMO: O apogeu democrático vivido dos anos 1990 sofreu uma grave inflexão a partir do início do século XXI. Ao lado das tradicionais rupturas institucionais, governos, quase sempre, populistas, começaram a erodir o edifício democrático a partir de dentro. Com reformas constitucionais e alterações legislativas que escapam ao controle de constitucionalidade, mediadas por apelos a uma suposta vontade soberana do povo e discursos antissistemas, introduziram elementos iliberais na argamassa democrática. Práticas iliberais passaram a conviver com práticas de democracia militante revelando “*sinkholes*” nos sistemas democráticos, evidenciando que o modelo de democracia do século passado não mais se sustenta. As democracias estão vivendo um processo de regressão ou corrosão em praticamente todos os cantos do mundo, principalmente, por meio do surgimento de líderes populistas e iliberais. O Brasil não é exceção. O propósito deste simpósio é discutir de que forma as práticas iliberais tem se manifestado e que tipo de medidas têm sido adotadas para contê-las. Especialmente no âmbito das Cortes Constitucionais. No caso do Brasil, entre outras práticas, destaca-se o protagonismo que assumiu o Supremo Tribunal Federal no esforço de, no próprio curso da erosão democrática, tentar conter sua evolução. Um protagonismo inusual, com uma atuação preventiva e reativa ao mesmo tempo. As consequências dessa atuação são pontos que se abrem ao futuro. O ponto central do debate volta-se para os mecanismos que podem ser criados para que as democracias possam evitar a erosão dos seus próprios alicerces, e, se os que já estão sendo colocados em prática alcançam ou não seus objetivos.

Palavras-chave: Democracia Militante; Supremo Tribunal Federal; Neodemocracia Militante.

ABSTRACT: The democratic heyday of the 1990s underwent a serious reversal at the beginning of the 21st century. Alongside traditional institutional ruptures, governments, almost always populist, began to erode the democratic edifice from within. With constitutional reforms

¹ Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Licenciado em História pela Faculdade de Filosofia Ciências e Letras do Alto São Francisco Pós-graduado em História Moderna e Contemporânea pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em História Social do Brasil e de Minas pela Universidade Vale do Rio Verde de Três Corações. Doutorando em Direito Constitucional na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Professor do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – Campus Arcos-MG. Advogado. Bolsista FAPEMIG. Email: advogadogilberto@hotmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8434-2267>

² Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1992), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1997), doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2001) e pós-doutorado pela Universidad de Castilla la Mancha (2018). Professor adjunto III da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara, na área de concentração "Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável", professor titular da Escola Superior Dom Helder Câmara e Procurador da República do Ministério Público Federal. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9452-4811>

and legislative changes that escape constitutional review, mediated by appeals to a supposed sovereign will of the people and anti-system discourses, they introduced illiberal elements into the democratic mortar. Illiberal practices began to coexist with practices of militant democracy, revealing “sinkholes” in democratic systems, showing that the model of democracy of the last century is no longer sustainable. Democracies are experiencing a process of regression or erosion in practically every corner of the world, mainly through the emergence of populist and illiberal leaders. Brazil is no exception. The purpose of this symposium is to discuss how illiberal practices have manifested themselves and what types of measures have been adopted to contain them. This is especially true in the context of the Constitutional Courts. In the case of Brazil, among other practices, the leading role taken by the Supreme Federal Court stands out in its efforts to contain the erosion of democracy itself. This unusual role is being played by the Supreme Court, which simultaneously acts preventively and reactively. The consequences of this action are points that are open to the future. The central point of the debate is the mechanisms that can be created so that democracies can avoid the erosion of their own foundations, and whether or not those that are already being implemented achieve their objectives.

Keywords: Militant Democracy; Federal Supreme Court; Militant Neodemocracy.

1 INTRODUÇÃO

Após a Segunda Guerra Mundial, a democracia ganhou novo vigor e expansão. Os países anglo-saxônicos, especialmente Austrália, Canadá, Estados Unidos, Nova Zelândia e Reino Unido, consolidaram-na, enquanto países europeus como Alemanha, França e Itália a reavivaram, seguindo-se depois pela Grécia, Portugal e Espanha. No final dos anos 1980 e início da década seguinte, uma nova onda democratizante se espalhou pela Europa Central e pela América Latina, marcada aquela pela “democracia popular” ao estilo soviético; e esta, pela tempestade autoritária, recorrente em sua história.

A democracia parecia fadada ao sucesso. Parecia. O alvorecer do novo século trazia a ingrata surpresa do contrário. Até mesmo nas democracias consolidadas, começaram a surgir riscos à sua integridade. Populismo, xenofobia e racismo eram nutridos por uma vaga neoconservadora que atentava contra os postulados igualitários e inclusivos da democracia. A aperfeiçoar o passado, essa onda se irrompia de dentro do próprio processo democrático, para, em formas mais ou menos legais e legítimas, corroê-la por dentro. Uma erosão intestinal e implacável.

A ressurgência da tentação autoritária fez reacender a tese de que a democracia se deve precator-se de seus inimigos, postulada durante os sombrios tempos do nazifascismo na Europa. Com o título de “democracia militante”, “defensiva”, “resiliente” ou “combativa”,

postula-se a criação de expedientes jurídicos, notadamente, constitucionais que excluam do processo democrático quem ou o que atentam contra ele.

O presente artigo se debruça sobre o tema, ancorado na experiência brasileira. Algo peculiar por aqui sucede com o protagonismo que assumiu o Supremo Tribunal Federal no esforço de, no próprio curso da erosão democrática, tentar conter sua evolução. Um protagonismo inusual, tanto pela centralidade (quase exclusividade) que teve a Corte na empreitada, quanto pela ocasião. Em regra, a intervenção judicial, quando admitida, dá-se de modo preventivo com o afastamento dos inimigos da democracia. No caso brasileiro, ela se deu ao longo do processo erosivo, a que, de certo modo, o próprio Tribunal deu inadvertidamente o seu contributo. Uma atuação preventiva e reativa ao mesmo tempo, portanto.

Para exemplificar essa tarefa de prevenção e defesa da ordem democrática, recorre-se à decisão proferida da arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 722, que proscreveu o chamado dossiê antifascistas, elaborado com base em ato do Ministro da Justiça e Segurança Pública. *É uma decisão importante que, todavia, inscreve-se no contexto de outras tantas decisões proferidas pelo Tribunal em sua tarefa de militância democrática. Adota-se o método indutivo-dedutivo com emprego de revisão bibliográfica e do repertório jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.*

2 CONCEITO DE DEMOCRACIA MILITANTE

A democracia militante é um conceito ainda pouco estudado no Brasil³. A expressão é associada ao constitucionalista alemão Karl Loewenstein, que, pouco após a ascensão do Partido Nazista na Alemanha, escreveu em 1937, dois artigos sob o título “*Militant Democracy and fundamental Rights*”, argumentando que as técnicas fascistas haviam obtido êxito em razão das condições oferecidas pelas instituições democráticas.

Essas técnicas fascistas só poderiam ser vitoriosas sob as condições extraordinárias oferecidas pelas instituições democráticas. O seu sucesso baseia-se na sua perfeita adaptação à democracia. A democracia e a tolerância democrática têm sido utilizadas para a sua própria destruição. Ao abrigo dos direitos fundamentais e do Estado de Direito, a máquina antidemocrática poderia ser construída e posta em funcionamento legalmente. (LOEWENTEIN, 1937a, p. 423)⁴

³ Os termos variam. Originários das expressões alemãs “wehrhafte” ou “Streitbare Demokratie”, eles se apresentam como “democracia combativa”, “resiliente”, “defensiva” ou “militante” (LOEWENSTEIN, 1937a e b; NIESEN, 2002; TYULKINA, 2015a e b; MÜLLER, 2016; MALKOPOULOU; NORMAN, 2018).

⁴ Tradução livre: This technique could be victorious only under the extraordinary conditions offered by democratic institutions. Its success is based on its perfect adjustment to democracy. Democracy and democratic tolerance have been used for their own destruction. Under cover of fundamental rights and the rule of law, the anti-democratic machine could be built up and set in motion legally (LOEWENTEIN, 1937a, p. 423).

Loewenstein (1937a, p.424) argumenta que a democracia foi incapaz de impedir seus opositores de fazerem uso de instrumentos democráticos contra ela própria, de modo que aos fascistas foram concedidas todas as oportunidades e garantias das instituições democráticas. Permitiu-se não só o surgimento, mas a ascensão de um movimento antidemocrático, no âmbito do formalismo exagerado de um Estado de Direito, assentado na igualdade formal. Esse formalismo – ou excesso de franquia em sua interpretação constitucional - impossibilitou excluir do jogo os que negavam a própria existência de suas regras. O fundamentalismo democrático mostrava-se incapaz de combater o emocionalismo fascista, isso porque a democracia representa o *fair play* para os direitos fundamentais.

Os escrúpulos constitucionais já não podem impedir restrições aos fundamentos democráticos, com o objetivo de, em última análise, preservar esses mesmos fundamentos. A ordem liberal-democrática conta com tempos normais. A garantia dos direitos individuais e coletivos serve de base jurídica para o compromisso entre interesses que, certamente, podem entrar em conflito, mas que, no entanto, são animados pela lealdade comum para com os fundamentos do governo (LOEWENTEIN, 1937a, p. 432)⁵

O apego cego das democracias aos seus próprios princípios evidenciava a fraqueza estrutural desses regimes. Sob a lógica do paradoxo democrático, as Constituições permitem mudanças pacíficas a partir de métodos regulares. No entanto, Loewenstein argumenta que elas precisam ser “endurecidas” ou adotarem normas “de reação” em face de movimentos que pretendam a sua destruição, basicamente por meio da sua exclusão do processo político e mesmo da suspensão temporária de direitos fundamentais. Esse seria o custo para que a democracia pudesse salvar a si mesma: “*Se a democracia está convencida de que ainda não cumpriu o seu destino, deve combater no seu próprio plano uma técnica que serve apenas ao propósito do poder. A democracia deve tornar-se militante*” (LOEWENSTEIN, 1937a, p. 423)⁶.

Embora o tema tenha sido primeiramente introduzido por Loewenstein, outros estudiosos também vieram a discorrer sobre o assunto, entre eles Karl Popper (1974, p. 289) que se referiu ao “*paradoxo da tolerância*”, advertindo que a tolerância sem limites levaria ao desaparecimento da tolerância. Para Popper, a tolerância não deve ser concedida aos intolerantes. Assim, qualquer movimento que pregue a intolerância deve ser colocado à margem

⁵ Tradução livre : Constitutional scruples can no longer restrain from restrictions on democratic fundamentals, for the sake of ultimately preserving these very fundamentals. The liberal-democratic order reckons with normal times. The guarantee of individual and collective rights serves as a legal basis for compromise between interests which, to be sure, may fall into conflict, but which nevertheless are animated by common loyalty toward the fundamentals of government (LOEWENTEIN, 1937a, p. 432).

⁶ Tradução livre: If democracy is convinced that it has not yet fulfilled its destination, it must fight on its own plane a technique which serves only the purpose of power. Democracy must become militant (LOEWENSTEIN, 1937a, p. 423).

da lei. Sob essa perspectiva, Svetlana Tyulkina (2015a, p. 519) defende que “*a democracia pode ser mais agressiva para com aqueles que não acreditam nela e nos seus valores*”.⁷

A democracia militante associa-se a uma forma de democracia constitucional autorizada a proteger a sua continuidade como tal, restringindo preventivamente o exercício das liberdades civis e políticas. Em sua primeira manifestação, basicamente na Alemanha após as atrocidades da Segunda Guerra Mundial, o alvo foram os partidos políticos com propostas antidemocráticas. Nos últimos anos, houve um alargamento do campo de abrangência da democracia militante, que passou a incluir ameaças como o terrorismo e o fundamentalismo religioso, bem assim, em alguns casos, tentativas de restrição de direitos fundamentais realizadas por governos autoritários, acompanhadas de redução ou fim da autonomia do Judiciário.

O conceito de democracia militante nasceu, portanto, como uma tentativa de resposta ao desafio de como a democracia deve se defender de seus inimigos não democráticos. Ele se volta para as ações do Estado dirigidas à autodefesa contra seus inimigos internos de modo a manter-se fiel a si mesma.

Não há, porém, uma definição universal para ela, mas há um relativo consenso sobre aquilo que o termo militante acrescenta à democracia. Como bem observa Svetlana Tyulkina (2015a), a noção de prevenção em relação a um inimigo comum, que se volta contra as estruturas democráticas do Estado, que abusa dos direitos e privilégios garantidos pela democracia, são características cruciais para determinar a militância de um sistema constitucional. De modo que se pode dizer que a democracia militante se refere à capacidade das democracias liberais de produzirem ações preventivas para se defenderem do abuso, por parte de seus inimigos, de instituições e procedimentos democráticos, visando à instituição de regimes autoritários ou, no mínimo, híbridos.

3 FUNDAMENTOS DA DEMOCRACIA MILITANTE

De acordo com Loewenstein (1935, p. 581), a estratégia dos fascistas, para mostrar que a democracia não era um regime viável, envolvia a estruturação de uma organização que insuflava a população por meio de uma maciça propaganda, manifestações públicas fervorosas e difamação do sistema, tudo isso concatenado com ações judiciais caluniosas contra os

⁷ Tradução livre: In other words, democracy can be more aggressive towards those who do not believe in it and its values (TYULKINA, 2015a, p. 519).

opositores, distorção de fatos e propagação de símbolos oficiais do movimento. A democracia, especialmente, de matiz liberal era vista – e propalada - como um obstáculo ao desenvolvimento econômico, social, político e mesmo moral da nação.

Para ser salva, Loewenstein (1935, p. 593) defendia que a democracia precisava se tornar militante. Não poderia ser culpada por aprender com seus inimigos a aplicar também a coerção que seus adversários utilizaram contra ela. Para Loewenstein (1937b), o legislador deveria aprovar normas que pudessem neutralizar o fascismo, fundadas em uma vontade indomável de sobrevivência. Karl Mannheim, em 1943, também se posicionou sobre o assunto, defendendo que os governos democráticos poderiam fazer uso das mesmas técnicas e ferramentas utilizadas pelos regimes totalitários, visando a alcançar objetivos legítimos. Mas para tanto seria necessária a valorização das virtudes democráticas fundamentais. Para Mannheim⁸ a democracia deveria se tornar

militante para defender o justo processo de mudança social e virtudes e valores básicos que são o alicerce do funcionamento pacífico de uma ordem social. (...) a nova democracia militante desenvolverá, portanto, uma nova atitude em relação aos valores (...) terá a coragem de reconhecer alguns valores básicos, aceitos por todos que compartilham das tradições da civilização ocidental. (MANNHEIM 1943, p.7)

A democracia militante não deve se distanciar do liberalismo, todavia. Mannheim somente não concorda com a tolerância excessiva dos liberais, que poderia colocar em risco sua existência. Para ele, construir uma democracia de caráter militante era planejar pela liberdade. A afirmação de Loewenstein (1937a) de que “*fogo se combate com fogo*” ou de que “a legalidade tira férias” para combater os inimigos se insinua nos esforços de justificação do modelo militante de democracia.

(...) O problema se torna, principalmente, o de escolher o menor de dois males - o dos meios considerados e o que deverá surgir se não forem adotados esses meios. Em outras palavras, o melhor dos fins não justifica, como tal, os meios maus, mas a tentativa de evitar piores resultados pode justificar ações que por si mesmas produzam maus resultados (POPPER, 1974, p. 315).

A justificativa nesses termos é vazia ou uma não justificativa, teoricamente falando. Poderia ser melhor completada pela negação do extremismo, tanto de direita, quanto de esquerda, a considerar o passado como lição aprendida. Os abusos praticados e os meios que os viabilizaram devem servir de ensinamentos para prevenir sua repetição. Extremistas são aqueles que os praticaram e se colocam com eles, conformes por sua rejeição às instituições e

⁸ Tradução livre: becomes militant only in the defence of the agreed right procedure of social change and those basic virtues and values (...) which are the basis of the peaceful functioning of a social order. The new militant democracy will, therefore develop a new attitude to values. (...) as it will have the courage to agree on some basic values which are acceptable to everybody who shares the traditions of Western civilization (MANNHEIM 1943, p.7).

aos valores democráticos. O modelo alemão é comumente apontado como fundamentado do discurso antiextremista (NIESEN, 2002; BOURNE, 2018).

Outra justificativa apresentada é dada pelo “republicanismo negativo”, que enxerga também o passado, para nele identificar ideologias específicas que causaram o desmantelamento democrático. Já não se trata de qualquer inimigo que defenda o fim da democracia, como no antiextremismo, mas de um inimigo concreto, como o fascista, que deve ser afastado da vida política (MÜLLER, 2016). A Itália é o exemplo principal (NIESEN, 2002).

Como se pode constatar a preocupação recorrente é no sentido de que a democracia pode sucumbir sem os meios institucionalizados para se proteger dos ataques dos seus inimigos internos (TYULKINA, 2015a). Muito menos pode permanecer passiva diante das ameaças provenientes de organizações e indivíduos que abusam dos privilégios, direitos e oportunidades que lhes são concedidos pelo regime. Como afirma Svetlana Tyulkina (2015a, p. 520), “*as constituições liberais não devem funcionar como pactos suicidas e devem estar preparadas para tomar medidas autodefensivas quando necessário*”.⁹

Não se há de admitir quem negue a própria condição de possibilidade de sua negativa. A expressão antidemocrática leva a democracia ao paroxismo e à impossibilidade lógica e, muitas vezes, prática (LEVITSK; ZIBLATT, 2018). É a reprodução política do paradoxo da tolerância, cujo predicado exige que não se tolere o intolerante (POPPER, 1974; PASAMONK, 2004). Para salvaguarda da democracia, é necessário que se valha da intolerância em face de quem abomina a própria democracia e os seus pressupostos constitucionais (HABERMAS, 2004; ISSACHAROFF, 2006). Uma justificação que aparentemente é antidemocrática. Aparentemente, pois não se combate o que se possibilita existir, arrastando consigo a possibilidade de a democracia corrigir eventuais excessos (FRANKENBERG, 1987). Tampouco ela, a democracia, admite que se distraem as minorias ou atentem contra os direitos fundamentais, alvos recorrentes de toda experiência autoritária. Ademais, ela transporta um alto peso moral, de levar a sério o igual respeito e consideração ou a alteridade (KIRSHNER, 2014).

Todos os autores, com os quais se dialoga até aqui, demonstram a mesma preocupação: como as constituições liberais devem defender-se de ataques que utilizam os métodos democráticos para subverterem a própria democracia. Alguns instrumentos têm sido pensados e usados como estratégia de prevenção da erosão interna da democracia.

⁹ Tradução livre: In other words, liberal constitutions should not function as suicide pacts, and must be prepared to take self-defensive actions when needed. (TYULKINA, 2015a, p.520)

Esse recurso às franjas de (in)constitucionalidade, porém, há de ser devidamente entendido, para evitar seu emprego pelos próprios inimigos da democracia. Boa parte das rupturas institucionais, sejam as tradicionais do século XX, sejam os contemporâneos “*sinkholes*” democráticos, deram-se em nome da democracia ou, pelo menos, da vontade “genuína” do povo. Tais rupturas, no entanto, romperam com o suposto projeto para descambar em formas autoritárias de poder.

3.2 A Neodemocracia Militante

A expressão democracia neomilitante tem sido empregada para se referir à ampliação teórica, objetiva (ou das medidas contempladas) e subjetiva (dos atores envolvidos) da autodefesa da democracia na contemporaneidade (MALKOPOULOU; NORMAN, 2018, p. 445).

O inimigo não se limita mais às tentações nazifascistas em suas múltiplas formas e orientações de política extremistas, tanto de esquerda, quanto, mais recentemente, de direita. Após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, o “fogo” da democracia militante passou a ser direcionado a quem seja capaz de pôr em risco a institucionalidade democrática, por qualquer meio. O terrorismo e as variadas manifestações de disseminação do medo com o propósito de desestabilizar o regime tornaram-se alvo das novas medidas da democracia militante.

O constitucionalismo como ordem de liberdade trata de assumir riscos; no entanto, as condições prévias para tal posição podem não estar presentes em caso de ameaça real ou inventada pelo discurso do terror. Em uma democracia, as restrições não são normais, embora possam ser legítimas.

A autodefesa de um Estado constitucional permanecerá dentro de um paradigma constitucional apenas se for capaz de excluir conceitual e institucionalmente o abuso de oportunidades para restringir direitos, ou, para ser realista, pelo menos de mantê-los dentro de limites racionais (SAJÓ, 2006, p. 64)¹²

No repertório das medidas defensivas, incluem-se os expedientes de reforço à garantia do processo eleitoral livre e informado, inclusive contra o uso distorcido da liberdade de comunicação e expressão. A funcionalidade democrática desses direitos de liberdade não os

¹² Tradução livre: A constitutional state’s self-defence will remain within a constitutional paradigm only if it is capable of excluding conceptually and institutionally the abuse of opportunities for restricting rights, or, to be realistic, at least of keeping them within rational bounds (SAJÓ, 2006, p. 64).

torna reféns do pensamento republicanista, mas, de certo modo, avança sobre a concepção liberal e absolutista de que tudo é admissível no reino da liberdade, até advogar contra ela.

Há mesmo quem defenda a eliminação por completo do emocionalismo político com a adoção de restrições preventivas racionais-legais (SAJÓ, 2012). Como o povo seria propenso a paixões e, por isso, facilmente manipulado, ações deveriam ser tomadas para reduzir os apelos emocionais de líderes populistas. O Judiciário também é chamado às contas no modelo neomilitante de democracia.

3.3 Judiciário como guardião da neodemocracia militante

Boa parte dos instrumentos da democracia militante se direciona ao Legislativo e ao Executivo. Por serem questões eminentemente políticas, escapariam ao Judiciário ou a ele migrariam excepcionalmente¹³. Todavia, a neomilitância democrática promove um giro nessa perspectiva, a defender uma atuação judicial preventiva e restaurativa da sanidade democrática. Em certas situações, como a proibição de algumas ideologias ou partidos, é preferível dar o monopólio a uma instituição relativamente isolada de pressões políticas, mesmo que, como muitos estudos demonstram, haja sempre o risco de os tribunais submeterem-se ao Executivo em tempos de ameaça ou emergência (MÜLLER, 2012)¹⁴.

A inclusão das cortes entre os Poderes de militância decorre da ampliação do seu papel no constitucionalismo democrático dos países politicamente estáveis ou Estados de constitucionalismo democrático bem consolidado. Notadamente os órgãos de cúpula do Judiciário já possuem relativa experiência em resolução de conflitos constitucionais, atuando como garante dos direitos fundamentais e, muitas vezes, como árbitros das contendas políticas, em particular, como forma de garantir um processo eleitoral periódico, igualitário e efetivo (BICKEL, 1962).

Os controles judiciais podem desempenhar um papel importante na prevenção da utilização política indevida de medidas democráticas militantes e na preservação das garantias legais dos direitos fundamentais, sempre que esses direitos possam ser

¹³ Note-se, porém, que a Lei Fundamental de Bonn já exigia, na “velha” militância, intervenção do Tribunal Constitucional Federal para aplicação das cláusulas de exclusão contra partidos políticos e indivíduos.

¹⁴ Tradução livre: And which vision of militant democracy is least likely to be subject to abuse? Clearly, it helps if the decisions about militancy are removed from day-to-day decision-making by executives and legislatures. Giving the monopoly of banning to an institution relatively isolated from political pressures (the paradigmatic example being the German Federal Constitutional Court) still seems the most justifiable arrangement—even if, as many studies have shown, in times of genuine (or just genuinely felt) threat and emergency courts tend to defer to the executive (MULLER, 2012, P.1126)

restringidos por uma questão de proteção da democracia. (TYULKINA, 2015a, p.524)¹⁵

Existem motivos legítimos que justificam o alargamento do campo de incidência da democracia militante, desafios recentes à democracia relacionados ao fundamentalismo religioso, terrorismo, defesa dos direitos fundamentais de minorias, propostas iliberais e ataques diretos aos direitos fundamentais por parte de governos autoritários, o que vai muito além do mero combate aos partidos com propostas antidemocráticas.

A luta contra a subversão da democracia, necessita de intervenção em todas as áreas da vida social, a fim de detectar potenciais ameaças. Mas é sempre bom ressaltar que, direitos fundamentais são trunfos, como disse Dworkin, mas isto não é absoluto no sentido de que podem ser utilizados para fins inadequados. No entanto, as medidas de razoabilidade e proporcionalidade são ferramentas que precisam ser manejadas adequadamente. Como afirma Sajó (2006, p.78) “*um sistema político simplesmente não é uma democracia, se houver pontos de vista que não podem ser representados por razões políticas*”.¹⁶ O entendimento liberal, no que se refere à liberdade de expressão, leva à conclusão de que a disseminação de pontos de vista, não ameaça, por si só, a democracia ou o Estado constitucional, até que ocorram justificadas razões para serem criminalizadas.

A autodefesa do Estado constitucional só tem sentido diante de uma presunção de perigo iminente. É preciso demonstrar que a necessidade de restrição realmente existe. Evitando assim, o Estado descrito por Hegel, onde ser suspeito teria o mesmo efeito de ser culpado. Partindo do pressuposto da razoabilidade e da proporcionalidade tem razão Jan-Werner Muller (2012, p. 1118) quando diz que “ *Sob a ótica da democracia militante os inimigos da ordem constitucional deveriam ser reprimidos antes de terem a oportunidade de assumir cargos públicos*”.¹⁷

Muller (2012, p. 1118) também se refere à dificuldade de se traçar um modelo de democracia militante que possa ser adotado pela generalidade dos países. Para o autor, não existem diretrizes normativas gerais claras sobre como os liberais devem tomar o seu próprio lado numa discussão sem deixar de ser liberais. O dilema gira em torno de como as democracias que tentam defender-se podem evitar a erosão dos seus próprios alicerces.

¹⁵ Tradução Livre. Judicial controls can play an important role in preventing the political misuse of militant democracy measures and preserving legal guarantees of fundamental rights where such rights may be curtailed for the sake of protecting democracy (TYULKINA, 2015a, p.524)

¹⁶ Tradução livre: A political system is simply not a democracy if there are views that cannot be represented for political reasons (SAJÓ 2006, p.78)

¹⁷ Tradução livre. In other words, enemies of the constitutional order should be repressed before they had a chance to enter public office (MULLER, 2012, p. 1118)

3.4 Críticas à (neo)democracia militante

Há diversas críticas dirigidas à democracia militante. Umas, pelo seu formalismo; outras, pelos riscos que transporta. Para autores como Anthoula Malkopoulou e Ludwig Norman (2018, p. 443), “*o discurso sobre a democracia militante reproduz uma noção elitista amplamente excludente de governo democrático, construída sobre uma desconfiança profundamente enraizada na capacidade de o povo governar a si próprio*”.¹⁸ Aliás, o próprio Loewenstein (1937b, p. 657) afirmara que “*a democracia liberal [era] adequada, em última análise, apenas para os aristocratas políticos.*” Esse elitismo “*representa um modelo de autodefesa democrática com implicações potencialmente prejudiciais para a arena mais ampla da política democrática*” (MALKOPOULOU; NORMAN, 2018, p. 446).¹⁹

A democracia militante ainda apresenta o risco de se tornar arbitrária na seleção de seus inimigos. É uma contradição lógica e interna, pois a democracia não combina com arbitrariedade. É uma contradição prática, pois permite aos que estejam no poder afastar a concorrência de quem seja identificado, por eles, como hostil à ordem democrática. Sem as devidas cautelas a democracia militante se converte num oxímoro (ACCETTI; ZUCKERMAN, 2017).

Cautelas, portanto, são a resposta a esse risco de disfuncionalidade, havendo de ser de duas ordens, de processo e de mérito. Na primeira, exige-se um rito preestabelecido e fundado na Constituição, em que se garantam o pleno contraditório e o diálogo construtivo entre a política e o direito ou mais exatamente entre o Legislativo e o Judiciário, um a estabelecer a admissibilidade; outro, o proferimento final. Ambos os juízos se devem basear no respeito aos princípios nucleares da democracia, aqueles que dão a ela identidade e vigor (GINSBURG; HUQ, 2020; PONTES, 2020).

Talvez o maior risco que a militância democrática traga esteja na verdade na “rotineirização” ou “normalização” da exceção, convertendo-a em regra. Normaliza-se o que é atípico, tipifica-se o que é anormal, a ponto de resultar em fronteiras indistintas entre eles com

¹⁸ Tradução livre: Despite the broadly liberal outlook of many ‘neo-militant’ theorists, the discourse on militant democracy reproduces a largely exclusionary elitist notion of democratic government built on a deep-rooted mistrust in the people to govern themselves (MALKOPOULOU E NORMAN 2018, p. 443)

¹⁹ Tradução livre. However, as we will argue in the following, militant democracy, even in its neo-militant version, retains an elitist and illiberal core, and represents a model of democratic self-defence with potentially damaging implications for the broader arena of democratic politics (MALKOPOULOU E NORMAN 2018, p. 446)

a desestabilização a longo prazo de princípios basilares que sustentam o Estado de Direito e a Constituição (GROSS, 2003).

O formalismo, por seu turno, aponta para dois aspectos de um só problema: a abstração da política e do povo. Acredita-se que o direito é capaz de estancar a sangria da política, a desconhecer que a exceção (e a ilegalidade) habita (desabitando) a norma do direito. A estância jurídica mostra sua fragilidade nos atos apócrifos de poder (SCHMITT, 2004) e naquela indefinição entre a forma jurídica e o mero fato como conceitos do tipo do “poder constituinte originário” buscam contemplar sem muito sucesso (SAMPAIO, 2003).

Depois, impede a capacidade regenerativa e revigorante do processo democrático com subtração à razão pública de argumentos e teses que devem ser por ela afastados na discursividade que lhe é própria, não por uma exclusão a priori. O “abafamento” desse debate não impede que ele se apresente em formas ainda mais virulentas à política. O impedimento constitucional do retorno à infâmia do passado não é capaz de evitar que, ainda como farsa, ele não se repita (MÜLLER, 2012)²⁰.

Enfim – e principalmente – o formalismo desconsidera a importância da cultura democrática. As formas jurídicas são passíveis de alteração com o uso de instrumentos que fogem de parâmetros estritamente jurídicos, não sendo, por isso mesmo, passíveis de eventuais censuras. Mesmo as chamadas “cláusulas da eternidade” não são capazes de aferir mudanças significativas do texto constitucional. A começar pela indeterminação semântica de tais cláusulas. Depois, porque as alterações informais são de difícil apreensão pela fiscalização de constitucionalidade (SAMPAIO, 2013).

As normas de proteção ou defesa da democracia valem pouco, quando comparadas com a garantia política conferida por uma cultura cívica que defenda a democracia e os direitos fundamentais como valores fundantes²¹. A militância democrática deve estar presente primeiramente no corpo político. É ele que, afinal, é capaz de refrear intentos autoritários (MALKOPOULOU; NORMAN, 2018). As normas jurídicas sobre a democracia podem ser mudadas por maiorias qualificadas e captura do Judiciário. A cultura cívica de um povo, entretanto, só pode ser abruptamente modificada (ou superada) por meio de uma guerra civil.

²⁰ Fala-se, de certo modo, num constitucionalismo reativo ou aversivo, esse que se volta para o passado e nele se pode prender de forma radical. A ele se contrapõe o constitucionalismo aspiracional, que se projeta para o futuro e para as novas experiências emancipatórias (SCHEPPELE, 2003). A combinação de ambos se pode dar no equilíbrio possível entre a tradição e as experiências bem vividas, e a busca pela ampliação das liberdades e do projeto de justiça.

²¹ Como salientam Tom Ginsburg e Aziz Huq, “there is no democracy without a decent measure of popular commitment to democracy. (...) Without a simple desire for democracy on the part of the many, the best institutional and constitutional design in the world will likely be for naught” (GINSBURG; HUQ, 2020, p. 245).

4 A CRISE DA DEMOCRACIA NO BRASIL

De modo geral, percebe-se que as democracias estão em retrocesso. A Freedom House, uma organização que monitora os regimes democráticos, constatou que o ano de 2018 foi o décimo terceiro ano consecutivo de declínio global na proteção das liberdades. As razões que explicam esse processo de regressão democrática são variadas, mas existe um elemento comum à maioria dos casos de crise, relacionado ao surgimento de líderes populistas que fazem uso de discursos que corroem a democracia.

Em janeiro de 2024, a Freedom divulgou um novo relatório sobre a expansão das formas de intimidar e silenciar oponentes políticos. O discurso fundamentalista, quase sempre de pendor religioso ou nacionalista, é acompanhado pela restrição às liberdades, enfraquecimento do sistema de justiça e perseguição aos defensores dos direitos humanos, ativistas pró-democracia, jornalistas, manifestantes e a todos que se colocarem, real ou ficticiamente, contra os objetivos do líder ou governante. Adota-se uma série de táticas que impedem os indesejáveis de participar normalmente na sociedade, causando-lhes a chamada “morte civil”. As pessoas que sofrem morte civil têm as suas viagens restringidas, os movimentos monitorados, os bens confiscados, as contas bancárias congeladas, são expulsas da universidade ou despedidas dos seus empregos. Tornam-se cidadãos de segunda categoria, quando cidadãos ainda forem (FREEDOM HOUSE, 2024).

Esse é o resultado da ascensão ao poder de líderes populistas. Com um discurso capaz de dividir a sociedade e despertar o ódio em relação aos opositores, esses líderes questionam a legitimidade do sistema e se colocam como porta-vozes das pessoas comuns, ao mesmo tempo em que se posicionam contrariamente aos direitos das minorias. Os opositores são vistos e apontados como inimigos da nação. Contra eles pesam toda sorte de acusações num indevido processo de linchamento moral, político, jurídico e, algumas vezes, físico. Mecanismos legítimos de alteração do texto constitucional também são estratégias que têm sido utilizados por líderes autoritários, no intuito de controlarem instituições importantes para a manutenção da democracia, causando a erosão do regime.

Os sintomas de crise, acima descritos, foram sentidos em países como a Hungria, Polônia, Turquia e Venezuela. Especialmente nas duas últimas décadas, o Brasil viveu os solavancos de uma crise envolvendo corrupção política, impeachment de uma presidente e crescente descrença no Legislativo, no Executivo e na política em geral.

Ao assumir a presidência, Jair Bolsonaro desafiou a higidez da democracia brasileira, com medidas provisórias e decretos que contrariavam a Constituição e com notória carga corrosiva para a democracia²³. As medidas adotadas por Bolsonaro passaram a não ser bem-vistas por uma parte do setor da imprensa e entidades civis. O Congresso parecia capturado pela entrega formal e informal do orçamento. As burras do erário compravam a acomodação e aquiescência parlamentar (LIMONGI, 2019; REY, 2023). Tempos sombrios da democracia brasileira.

A tarefa mais árdua ficou a cargo do Supremo Tribunal Federal. De certo modo, fora o próprio Supremo Tribunal Federal coartífice do quadro de baixa institucionalidade vivido pelo país e que culminou com a vitória do Bolsonaro, ao desconsiderar os desvios e excessos da Lava-Jato e as disfuncionalidades constitucionais de algumas decisões políticas. A onda de moralização da política parecia ter-lhe cegado os olhos num exercício quase espúrio de uma (im)parcialidade conivente (SIMON, 2022). Ao dar-se conta do tamanho do estrago, restava-lhe o conserto, mas ao custo de idas e vindas jurisprudenciais e do descrédito que isso acarretava. “*A Corte vem sendo provocada a solucionar questões com impactos significativos para os poderes políticos e para os seus integrantes, fazendo-o, entretanto, de maneira muitas vezes contraditória*” (PONTES, 2020, p. 63).

O conserto estava a exigir da Corte uma atuação firme e militante a favor da democracia e dos direitos fundamentais. Entre tantas decisões militantes estão aquela proferida na ADPF 722 sobre a produção e compartilhamento de informações sobre a vida pessoal e as escolhas pessoais e políticas de professores universitários, servidores públicos e demais cidadãos, identificados como integrantes de movimento político antifascista.

5 ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO AGENTE DA DEMOCRACIA MILITANTE

O STF teve que, quase exclusivamente, enfrentar o processo de erosão constitucional. Em grande medida, porém, ele havia contribuído para que esse processo tivesse início, tanto por uma jurisprudência de contexto, quanto por movimentos políticos de alguns de seus membros. As manifestações públicas de alguns Ministros sobre diversos temas, mesmo os

²³ MP 870/2019; Demarcação de terras indígenas; Porte de armas; Extinção de Conselhos e Colegiados de Políticas Públicas.

mais sensíveis politicamente, lançava-os a uma arena perigosa e comumente negada a quem assume a posição institucional contramajoritária e de imparcialidade. Assim também, o esforço, principalmente, dos presidentes do Tribunal em articular-se com agentes políticos, por vezes, em reuniões fora da agenda, lançava brumas sobre o papel do Tribunal.

A jurisprudência de contexto se refere ao juízo de discricionariedade da Corte, tanto para conhecer ações que envolvam questões políticas, quanto para (não) resolvê-las. A negativa é manifestada expressamente. O conhecimento e provimento, não. A própria delimitação do que seja questão política e questão puramente constitucional é problemática (SAMPAIO, 2002). Parece mais certo afirmar-se que a definição depende do contexto. No caso de impeachment, o juízo de admissibilidade da Câmara dos Deputados e o julgamento de mérito pelo Senado Federal estão no âmbito da questão política, não sendo controlável, mesmo quando ferem a literalidade do texto constitucional, como sucedeu com Dilma Rousseff (ADPF-MC 378/DF/2015²⁴). Assim também, a fiscalização dos requisitos constitucionais para o decreto de intervenção é insindicável pela jurisdição constitucional, como afirmou-se monocraticamente na ação que impugnava o decreto do presidente Michel Temer para a intervenção federal no Rio de Janeiro (MS-MC-DM 35537/DF/2018)²⁵. O veto do Chefe do Executivo a projeto de lei já foi considerado questão política (ADPF-QO 1/RJ/2000), mas recentemente, porém, admitiu-se o seu controle jurisdicional em caso de violação à Constituição (ADPF-MC-Ref 714/DF/2020).

Essa modulação de entendimento revela o que não é dito expressamente: a intervenção no domínio político é frequente e, no âmbito do controle de constitucionalidade, inevitável. O controle de “moralidade política” que o Tribunal passou a exercer, principalmente, depois de 2009, é um exemplo.

O grande marco talvez seja o julgamento da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa. Os votos dos Ministros revelam uma sintonia com uma reivindicação pública de moralização do processo político, a ponto de reputar legítima a aplicação retroativa da Lei (ADCs) 29 e 30 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.578/2012), inclusive a casos transitados em julgado (o RE 929.670/DF). A decisão tomava de surpresa postulantes a cargos eletivos, de modo deliberado. Em outros julgados, essa deliberação de impactar o pleito

²⁴ O Tribunal, a pretexto de realizar o controle do devido processo legal, atribui-se a competência de atualizar, com base na interpretação da Constituição, o rito previsto na Lei 1079/1950.

²⁵ “O Presidente da República, nesse particular contexto, ao lançar mão da extraordinária prerrogativa que lhe defere a ordem constitucional, age mediante estrita avaliação discricionária da situação que se lhe apresenta e que se submete, por isso mesmo, ao seu exclusivo juízo político, revelando-se, por tal razão, insuscetível de apreciação, quanto à oportunidade, à necessidade, à utilidade ou à conveniência dessa extraordinária medida, pelo Poder Judiciário.” (Voto Min. C. de Mello)

eleitoral não parece muito evidente ou expressa, mas o contexto político poderia permitir aos Ministros uma visão prospectiva dos seus eventuais desdobramentos.

A jurisprudência do Tribunal sobre a legitimidade constitucional da prisão após decisão condenatória penal em segundo grau é o exemplo mais forte. A mudança de entendimento da maioria dos Ministros no ano em que ocorreriam as eleições presidenciais afastou do pleito um candidato que, pelas pesquisas, seria eleito. Nova mudança, tempos depois, permitiu que esse mesmo candidato, Luis Inácio Lula da Silva, recuperasse seus direitos políticos.

Até 2009, o Tribunal reconhecia a possibilidade de haver execução da pena, se o condenado tivesse apenas a possibilidade dos recursos sem efeito suspensivo, notadamente, o recurso extraordinário, apesar de o texto constitucional garantir que ninguém seria culpado antes do trânsito em julgado da decisão condenatória (art. 5º, LVII) e da Lei de Execução Penal o reafirmar. Era a orientação assentada durante o regime militar (Pleno. HC 68726/DF/1991).

Em 2009, houve a reforma da orientação em obediência exatamente ao que dispunha a Constituição (Pleno. HC 84.078/MG/2009), invocando a literalidade do inciso LVII do artigo 5º da Constituição²⁶. Sete anos depois, reformou-se a reforma, com o retorno ao argumento da inexistência de efeito suspensivo do recurso extraordinário (Pleno. HC 126.292/SP/2016). O Tribunal recebeu duras críticas pelo retorno ao entendimento que parecia mais próprio ao regime anterior, de exceção. Houve ajuizamento de ações declaratórias de constitucionalidade como esforço de se tentar ou bem consolidar o equívoco ou para consertá-lo. (Pleno. ADC 43/DF/2019; 44/DF/2019).

A condenação do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva em 2018 jogou mais lenha à fogueira. Havia sérias dúvidas sobre a correção do rito a que fora submetido, inclusive sobre a parcialidade do juiz, Sérgio Moro. Os advogados do ex-presidente ingressaram com habeas corpus no Tribunal, negado, todavia (Pleno. HC 152752/PR/2018). A polêmica crescera por duas razões. A primeira, Lula era líder nas pesquisas sobre a preferência do eleitor no pleito presidencial que ocorreria em outubro daquele ano. A segunda, o empate na votação parecia o mais provável, o que beneficiaria o impetrante. O Ministro Gilmar Mendes que antes votara pela aplicação da pena após condenação em segunda instância mudou de entendimento. Se a Ministra Rosa Weber também usasse o que lhe parecia sabidamente correto, o placar seria de cinco a cinco. Na noite anterior à votação, o Comandante do Exército, General Villas Bôas, faz

²⁶ Em vista desse novo entendimento, houve alteração do art. 283 do CPP

uma publicação em rede social em tom entre dúbio e ameaçador: o Exército julgava “compartilhar o anseio de todos os cidadãos de bem de repúdio à impunidade e de respeito à Constituição, à paz social e à Democracia, bem como se mantém atento às suas missões institucionais”.

Para alguns, era um recado ao Supremo e teria influenciado no voto da Ministra Weber, para afastar seu entendimento em nome da orientação da colegialidade, ainda que, de fato, ela fosse incerta (OYAMA, 2020; SIMON, 2022). Lula foi preso e impossibilitado de concorrer à eleição presidencial, abrindo uma estrada para disputa que levaria à Presidência Jair Bolsonaro.

O novo presidente, coerente com a sua defesa da ditadura militar e com um ideário vintecentista do anticomunismo, adota uma série de medidas que vão desde a flexibilização do acesso civil às armas e à militarização do poder até a desestruturação de órgãos de participação da sociedade civil na formulação e acompanhamento de políticas públicas, passando pelo uso intensivo de comunicação repleta de imprecisões ou mesmo inverdades. Em sintonia com o pensamento da “nova” direita global, passa a criticar a política de gênero, a vacinação e as medidas de combate à epidemia da COVID19, adotada pelos Estados e Municípios, alimentando movimentos que defendiam ruptura institucional, mediada pelas Armadas, que o mantivesse no poder (AVRITZER, 2020; FRANCE24, 2022; LEIRA, 2023; LYNCH, 2023; SANTOS, 2023).

É nesse instante que o STF ingressa no modo de militância democrática. Atuava quase isoladamente, pois o Congresso havia sido, de certo modo, calado com a entrega, pelo presidente da República, de fatia expressiva do orçamento federal. A Procuradoria-Geral da República não ostentava o mesmo vigor de outros tempos. Coube ao Tribunal apurar uma série de atos supostamente criminosos, por meio de inquéritos judiciais,²⁷ e declarar inconstitucional uma série de medidas tomadas pelo Executivo. Uma delas, a proscrição do dossiê antifascista.

²⁷ Um deles o Inq 4.781/DF visava apurar a responsabilidade por notícias fraudulentas (“fake news”), falsas comunicações de crimes, denúncias caluniosas, ameaças e demais infrações revestidas de *animus caluniandi*, *diffamandi* ou *injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do STF, de seus membros; bem como de seus familiares, quando houver relação com a dignidade dos Ministros, inclusive o vazamento de informações e documentos sigilosos, com o intuito de atribuir e/ou insinuar a prática de atos ilícitos por membros da Corte, por parte daqueles que têm o dever legal de preservar o sigilo; e a verificação da existência de esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais, com o intuito de lesar ou expor a perigo de lesão a independência do Poder Judiciário e o Estado de Direito. Seus críticos, dentre eles o ex-Ministro do STF, Marco Aurélio, alegavam falta de base legal (o art. 43 do RISTF que o autorizava, ainda que em sentido mais limitado, não havia sido recepcionado pela Constituição) e incompetência do Tribunal para apurar tais fatos. Apontava-se violação ao princípio acusatório, pois o inquérito fora instaurado por determinação do presidente da Corte, à época, Min. Dias Toffoli, sendo designado (e não sorteado) o Min. Alexandre de Moraes (DUTRA; PAGANELLA, 2020; VITÓRIA, 2021).

Em 24 de julho de 2020, a partir de uma informação dada pelo colunista da UOL, Rubens Valente, foi noticiado sobre a existência de um dossiê, produzido por ação secreta de agentes do Estado, contra funcionários públicos e acadêmicos identificados como integrantes do movimento antifascismo (VALENTE, 2020; DOSSIÊ, 2020; GOVERNO, 2020).

O dossiê continha nomes e, em alguns casos, fotografias e endereços de redes sociais das pessoas monitoradas. A ação foi coordenada pela Secretaria de Operações Integradas, subordinada ao então Ministro da Justiça, André Mendonça. O referido Ministro foi posteriormente indicado por Bolsonaro para ocupar uma das vagas no Supremo Tribunal Federal (APDF-722, 2020). O documento foi endereçado a vários órgãos públicos (Centro de inteligência do Exército, Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Casa Civil da Presidência e Força Nacional).

O dossiê passou a ser produzido a partir da divulgação de um manifesto intitulado “*Policiais antifascismo em defesa da democracia popular*” (POLICIAIS, 2020). O movimento se qualificava como suprapartidário e denunciava um projeto de neutralização dos movimentos populares de resistência. Propunha uma “*aliança popular antifascismo*” composta por entidades de classe, sindicatos, movimentos populares, estudantes, artistas, entre outros. Tratava-se do início de uma reação às ameaças civis-militares de ruptura institucional (VALENTE, 2020).

As manifestações antifascistas haviam começado a acontecer em capitais como São Paulo e Curitiba ainda em maio de 2020, gerando um pronunciamento do presidente Jair Bolsonaro, em 05 de junho, mesma data do manifesto dos policiais antifascistas, qualificados pelo então presidente como “marginais, terroristas, querendo se movimentar para quebrar o Brasil. No dossiê produzido, há a informação de que formadores de opinião com elevado número de seguidores em suas redes sociais disseminavam símbolos e ideologia antifascistas (VALENTE 2020).

Os documentos produzidos pelo dossiê foram carimbados como de acesso restrito a fim de contornar a Lei de Acesso à Informação, de modo que seu conteúdo só poderia ser conhecido publicamente após cem anos, conforme previa o art. 55 do decreto 7.724/2012. Chama a atenção o fato de a Secretaria de Operações Integradas (SEOPI) ter sido elevada, por meio do Decreto Presidencial 9.662 de janeiro de 2020, de coordenadoria à condição de secretaria, com a função de assessorar as atividades de inteligência e operações policiais, com foco na integração com os órgãos de segurança pública federais, estaduais, municipais e distrital (VALENTE, 2020).

adiante: “O uso da máquina estatal para a colheita de informações de servidores com postura política contrária ao governo caracteriza desvio de finalidade e afronta aos direitos fundamentais de livre manifestação do pensamento, de privacidade, reunião e associação” (BRASIL, 2022, p. 26-27)

O dossiê era um sintoma de que pesadas nuvens se dirigiam ao Brasil. De fato, o então presidente usava com frequência as redes sociais e o círculo restrito de seus apoiadores (os “cercadinhos”) para atacar seus opositores e acirrar a divisão social entre os “cidadãos de bem”, identificados em geral com os que lhe davam apoio, e os “outros”, os inimigos dos interesses nacionais ou do povo, quem se punha como obstáculo a seus intentos (STANLEY, 2018; BERNARDI; MORAIS; 2021; PADRÓS, 2024).

As ameaças antidemocráticas se tornaram constantes nos discursos (CELINI, 2024). Embora haja quem os veja como bravata, eles se incluíam na dinâmica do governo, tanto como barganha para obter a aquiescência ou o silêncio de autoridades e instituições a seus projetos, quanto como instrumento de mobilização de seus apoiadores a uma eventual ruptura institucional (BERNARDI, 2021; CHIODI, 2023)

Seu alvo presencial passou a ser o TSE, o STF e alguns de seus Ministros. Havia uma referência constante à identidade entre ele o povo, bem como ataques às urnas eletrônicas quase sempre acompanhados de ameaças veladas ou expressas. Numa dessas incursões, Jair Bolsonaro respondera às preocupações externadas pelo presidente do TSE, ministro Luís Roberto Barroso, sobre a tentativa de ser adotado o voto impresso nas eleições, tanto pela desnecessidade quanto pelas dificuldades logísticas que geraria. Disse Bolsonaro, “eleição de 2022 terá voto impresso e ponto final”. E mais: “se não tiver voto impresso [é] sinal de que não vai ter a eleição. Acho que o recado está dado” (COSTA, 2021).

Em agosto de 2021, o ex-presidente, diante das decisões contrárias a seus intentos, proferidas pelo STF e TSE, enviou de sua conta pessoal do WhatsApp uma mensagem sobre um “provável e necessário contragolpe” (OPOVO, 2021). Poucos dias depois, em fala para líderes evangélicos em Goiás, ele afirmou que tinha três alternativas para o futuro: estar preso, estar morto ou a vitória: “Pode ter certeza que a primeira alternativa não existe. Estou fazendo a coisa certa e não devo nada a ninguém. Sempre onde o povo esteve, eu estive” (BANDNEWS TV, 2021).

A vizinhança das comemorações do dia 7 de setembro insuflava os ânimos: seria dado um “ultimato” ao STF (DANTAS, 2021), o que surtiu efeito de prazo curto com o Tribunal adiando novos processos e preparando-se para “todos os cenários possíveis” (PASSARINHO, 249

2021). O apelo às Forças Armadas, às vezes, chamadas de “suas”, como “poder moderador” e guardiãs da liberdade era também constante. Dizia: “nós (militares) sabemos o que é bom e o que é justo para o nosso povo”. E de modo mais enfático:

Nas mãos das Forças Armadas, o poder moderador. Nas mãos das Forças Armadas a certeza da garantia da nossa liberdade, da nossa democracia e apoio total às decisões do presidente para o bem da sua nação. (...). Nós sabemos o que é bom e justo para nosso povo. Nossa liberdade não tem preço (UOL, 2021).

É nesse ambiente que se precisa retomar a jurisprudência de contexto, agora em favor da democracia militante e, de novo, a envolver Luís Inácio Lula da Silva. As várias denúncias de excessos praticados pela 13ª Vara de Curitiba no processo e condenação do ex-presidente se tornaram mais visíveis, principalmente depois de um “hacker” divulgar as conversas, por uma rede social, entre o juiz e o órgão de acusação. O Tribunal, notadamente a Segunda Turma, entendia que as razões para anulação dos atos decisórios eram patentes.

Para ela, o Juiz havia demonstrado um “comportamento, no mínimo, heterodoxo (...) em franca violação ao sistema acusatório e às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa”, ao realizar, de ofício, a juntada e o levantamento do sigilo da delação do ex-ministro Antônio Palocci às vésperas do primeiro turno das eleições de 2018, com impacto sobre a corrida eleitoral (2ª T. HC-AgR 163.943/PR/2020). A investidura judicial da função persecutória ainda na fase pré-processual também fora reconhecida no processo que condenou o doleiro Paulo Roberto Krug no âmbito da chamada Operação Banestado (2ª T. RHC-AgR 144.615/PR/2020).

O julgado mais incisivo ocorreria em 2021, enumerando-se uma série de episódios que revelariam a parcialidade do magistrado oficiante da 13ª Vara da Justiça Federal em Curitiba. A começar pela quebra de sigilos telefônicos do ex-presidente, de seus familiares e de seus advogados, para “monitorar e antecipar as estratégias defensivas”, agravada pelo vazamento “manipuladamente seletivo” das conversas em 16 de março de 2016, “momento de enorme tensão na sociedade brasileira, quando o paciente havia sido nomeado Ministro da Casa Civil da Presidência da República”.

Pesara muito o fato de o juiz ter ordenado em outubro de 2018 o levantamento do sigilo e o traslado de parte dos depoimentos de Antônio Palocci Filho em acordo de colaboração premiada com notório impacto sobre o processo eleitoral.²⁹ Para piorar, ele havia aceitado o cargo de Ministro da Justiça com a eleição do candidato mais beneficiado com as

²⁹ A Segunda Turma do STF reconheceu a ilegalidade tanto do levantamento do sigilo quanto do traslado para os autos de ação penal de trechos de depoimento prestado por delator, em acordo de colaboração premiada (2ª T. HC-AgR 163943/PR/2020).

divulgações, Jair Bolsonaro: “A extrema perplexidade com a aceitação de cargo político no Governo que o ex-magistrado ajudou a eleger não passou despercebida pela comunidade acadêmica nacional e internacional” (2ª T. HC 164493/PR/2021).

Anuladas as condenações, Lula recobrou os seus direitos políticos e tornou-se vitorioso no pleito eleitoral de 2022. Alguns atos do candidato derrotado pareciam prenunciar uma “virada de mesa”. O apontamento não provado de fraude às urnas, ataques reiterados ao Tribunal Superior Eleitoral e a Ministros do STF, além de movimento de bastidores pouco ortodoxos denunciavam a possibilidade de uma ruptura institucional, induzida por um “clamor” popular que se converteria na invasão e destruição dos prédios dos três Poderes em 8 de janeiro de 2023 (VIGNA, 2023).

A falta de apoio externo, principalmente dos Estados Unidos, e a cúpula das Armadas dividida, além de trapalhadas na elaboração e execução do plano, jogaram por terra o intento. Outra vez, o STF, no âmbito de inquéritos judiciais vistos, por alguns, como polêmicos, adotou medidas para refrear e punir os envolvidos na trama (Inq 4.879/DF/2023; 4874/DF/2023). Alguns dos executores da depredação e da tentativa de golpe haviam sido condenados (Pleno. AP 1061/DF/2023; 1069/DF/2023; 1109/DF/2023; 1116/DF/2023; 1183/DF/2023; 1413/DF/2023; 1426/DF/2023; 1498/DF/2023), enquanto ainda tramitavam diversos procedimentos para apurar os financiadores (Inq. 4920/DF/2023), os instigadores (Inq. 4921/DF/2023) e autores intelectuais (Inq. 4922/DF/2023) do movimento, bem como contra autoridades responsáveis por omissão imprópria (Inq. 4923/DF/2023)³⁰.

O Tribunal Superior Eleitoral, de sua parte, declarou a inelegibilidade do ex-presidente Bolsonaro por oito anos, contados a partir das Eleições de 2022, por abuso de poder político e uso indevido dos meios de comunicação durante reunião realizada no Palácio da Alvorada com embaixadores estrangeiros em 18 de julho de 2022 (AIJE 0600814-85.2022.6.00.0000/2023), bem assim por abuso de poder político e econômico nas comemorações do Bicentenário da Independência, realizadas no dia 7 de setembro daquele ano (AIJE 0600972-43/2023; 0600986-27/2023; 0600984-57/2023; 0601002-78.2022.6.00.0000/2023). Não é improvável que a decisão seja mantida pelo STF, seja por limitações processuais do extraordinário, seja pela fundamentação apresentada no TSE e ainda

³⁰ Apura-se ainda a existência de uma organização criminoso, com atuação digital, a contar com núcleos de produção, publicação, financiamento e político absolutamente semelhantes àqueles identificados no Inq. 4.781/DF, com a finalidade de atentar contra a Democracia e o Estado de Direito (inq 4874/DF/2023).

Existem motivos legítimos que justificam o alargamento do campo de incidência da democracia militante, desafios relacionados ao fundamentalismo religioso, ao terrorismo, aos direitos fundamentais, especial, mas não exclusivamente, de minorias e propostas de reformas iliberais por parte de governos autoritários, democraticamente eleitos, que vai muito além do mero combate aos partidos com propostas antidemocráticas. Daí se falar mais contemporaneamente em democracia neomilitante. Isso, até mesmo para envolver o risco de excesso que pode desembocar em constitucionalismo abusivo.

É visível a dificuldade de se traçar um modelo de democracia militante que possa ser adotado pela generalidade dos países. Não existem diretrizes normativas gerais aplicáveis em todos os cantos e contextos sobre como os liberais devem tomar o seu próprio lado numa discussão sem deixar de ser liberais. O ponto central é que mecanismos podem ser criados para que as democracias possam evitar a erosão dos seus próprios alicerces.

A democracia (neo)militante apresenta o risco de se tornar arbitrária na seleção de seus inimigos. Por outro lado, sem as devidas cautelas a democracia militante se converte num oxímoro. Talvez o maior risco que a militância democrática traga esteja na verdade na “rotineirização” ou “normalização” da exceção, convertendo-a em regra. As democracias estão vivendo um processo de regressão ou corrosão em praticamente todos os cantos do mundo, principalmente, por meio do surgimento de líderes populistas.

O Brasil não é exceção. Tempos sombrios se abateram (se abatem?) sobre a democracia brasileira. Algo peculiar por aqui sucede com o protagonismo que assumiu o Supremo Tribunal Federal no esforço de, no próprio curso da erosão democrática, tentar conter sua evolução. Um protagonismo inusual, tanto pela centralidade que teve a Corte na empreitada, quanto pela ocasião. Em regra, a intervenção judicial, quando admitida, dá-se de modo preventivo com o afastamento dos inimigos da democracia. No caso brasileiro, ela se deu ao longo do processo erosivo, a que, de certo modo, o próprio Tribunal deu inadvertidamente o seu contributo. Uma atuação preventiva e reativa ao mesmo tempo.

Como consequência desse processo de corrosão democrática, o Supremo Tribunal Federal tem assumido a função e o risco de atuar como agente da democracia militante. A Corte vem sendo provocada a solucionar questões com impactos significativos nos domínios políticos, fazendo-o, entretanto, de maneira muitas vezes, de modo contraditório ou problemático à função estabilizadora da jurisprudência constitucional.

Coube ao Tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma série de atos atentatórios à regularidade do constitucionalismo democrático a exemplo do dossiê antifascista determinado

BRAGA, Ruy. **Cidades Rebeldes – Passe Livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil**. São Paulo: Boitempo-Carta Maior, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.451. Requerente: ABERT; Relator o Ministro Alexandre de Moraes, 21 de junho de 2018, DJe 6.3.2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749287337>. Acesso em 13.02.2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 722. Requerente: Rede Sustentabilidade. Relatora: Carmen Lúcia, 16 de maio de 2022. DJE 09.06.2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=761255398>. Acessado em 13.02.2024

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4815. Requerente: ANEL; Relatora: Carmen Lúcia. 10 de junho de 2015, DJe 01.02.2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em 13.02.2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4451. Requerente: ANEL; Relator: Nunes Marques. 11 de abril de 2022, DJe 28.04.2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760430990>. Acesso em 13.02.2024.

CELINI, Túlio Pustrelo. **Os sentidos da democracia e da liberdade em disputa no Brasil contemporâneo: uma análise a partir dos discursos e pronunciamentos oficiais de Jair Bolsonaro (2019-2022)**. Dissertação Mestrado. Brasília: UnB, 2024.

CHIODI, Alexsander Dugno; BERNARDI, Ana Julia Bonzanini. A ameaça antidemocrática como instrumento de barganha no governo Jair Bolsonaro (2019-2021). **Revista Uruguaya de Ciencia Política**, v. 32, n. 1, p. 129-150, 2023.

COSTA, Anna Gabriela. **‘Se não tiver voto impresso, não terá eleição’, diz Bolsonaro a ministro do TSE**. São Paulo: Paulo: CNN, 6/5/2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/se-nao-tiver-voto-impresso-nao-tera-eleicao-diz-bolsonaro-a-barroso/>

DANTAS, Dimitri. **Em nova ameaça, Bolsonaro diz que manifestações serão ultimato a ministros do STF**. Brasília: O Globo, 3/9/2021. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/em-nova-ameaca-bolsonaro-diz-que-manifestacoes-serao-ultimato-ministros-do-stf-1-25183582>.

DOSSIÊ do Ministério da Justiça é perseguição política. In: Pacto pela Democracia. 28 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.pactopelademocracia.org.br/blog/dossie-do-ministerio-da-justica-e-perseguaao-politica>. Acessado em 13.02.2024.

DUTRA, Gabriela de A.; PAGANELLA, João Pedro Moreira. Liberdade de expressão sob ataque: o Ministério Público e o Inquérito 4.781/DF. *Revista do CNMP*, n. 8, p. 75-103, 2020.

FRANCE24. El bolsonarismo en Brasil, un movimiento cercano a la ultraderecha de EEUU. Rio de Janeiro: AFP, 2022. Disponível em: <https://www.france24.com/es/minuto-a-minuto/20221019-el-bolsonarismo-en-brasil-un-movimiento-cercano-a-la-ultraderecha-de-eeuu>

FRANKENBERG, Günter. The learning sovereign. In NERGELIUS, Joakim (ed). **Constitutionalism: New Challenges: European Law from a Nordic Perspective**. Leiden: Brill Nijhoff, p. 17-39, 2008.

FREEDOM HOUSE. Freedom in the World 2019. Fev/2019 Disponível em: https://freedomhouse.org/sites/default/files/Feb2019_FH_FITW_2019_Report_ForWeb-compressed.pdf. Acesso em 09.02.2024

FREEDOM HOUSE. Visible and Invisible Bars: Political imprisonment, civil death, and the consequences of democratic erosion. Jan/2024. Disponível em: <https://freedomhouse.org/report/free-them-all/2024/visible-and-invisible-bars>. Acesso em 12.02.2024.

GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. How to save a constitutional democracy. Chicago; New York: University of Chicago Press, 2020.

GROSS, Oren. Chaos And Rules: Should Responses To Violent Crises Always Be Constitutional? *Yale Law Journal*. Vol 112, 2003. P. 1014-1134. Disponível em: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/9464/43_112YaleLJ1011_March_2003_.pdf?sequence=2. Acesso em 12.02.2024

GOVERNO elabora dossiê contra funcionários públicos antifascistas. In: *Conectas Direitos Humanos*. 30 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/secretaria-do-ministerio-da-justica-persegue-mais-de-500-agentes-da-seguranca-publica-ditos-antifascistas/>. Acessado em 13.02.2024.

HABERMAS, Jürgen. Reflections and Hypotheses on a Further Structural Transformation of the Political Public Sphere. *Theory, Culture & Society*, v. 39, n. 4, p. 145-171, 2022.

HABERMAS, Jürgen. Religious tolerance—the pacemaker for cultural rights. *Philosophy*, v. 79, n. 1, p. 5-18, 2004.

ISSACHAROFF, Samuel. Fragile democracies. *Harv. L. Rev.*, v. 120, p. 1405, 2006.

KIRSHNER, Alexander S. A theory of militant democracy: The ethics of combatting political extremism. New Haven: Yale University Press, 2014.

ROSENFELD, Michel. Extremist Speech and the Paradox of Tolerance. *Harvard Law Review*, v. 100, n. 6, p. 1457-1481, 1987.

SAJÓ, András. From Militant Democracy To The Preventive State? *Cardozo Law Review*, vol.27, n°05, 2006. Disponível em: <https://clr.iliauni.edu.ge/wp-content/uploads/2020/05/Andr-s-Saj-pp.63-83.pdf>. Acesso em 09.02.2024

SAJÓ, Andras. Militant Democracy and Emotional Politics. *Constellations*. Vol.19, n°4, 2012. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/264722606_Militant_Democracy_and_Emotional_Politics. Acesso em 11.02.2024.

SAMPAIO, José Adércio L. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e Terror—Uma Visão Parcial do Fenômeno Terrorista*. BRANT, Leonardo Nemer C.; DE SENNA, Adrienne Giannette N. (org). *Terrorismo e Direito: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: perspectivas político-jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, p. 151-170, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey. 2002.

SANTOS, Luana Ferreira dos. O discurso autoritário de Bolsonaro e seus impactos sociais e educacionais. *FGV/EAESP/CGPC*, v. 28: e89859, 2023. LYNCH, Christian Edward Cyril. Capítulo 2 A utopia reacionária: radicalismo conservador, erosão democrática e instabilidade política no governo Bolsonaro. In FONTAINHA, Fernando; MILANI, Carlos R. S. (org). **Coletânea Covid-19 e agendas de pesquisa nas ciências sociais**, Rio de Janeiro: EDUERJ, p. 65-95, 2023.

SCALON, Celia. Juventude, Igualdade e Protestos. *Revista Brasileira de Sociologia*, v. 1, n. 2, p. 177-204, 2013.

SCHEPPELE, Kim L. Aspirational and aversive constitutionalism: the case for studying cross-constitutional influence through negative models. *International Journal of Constitutional Law*, v. 1, n. 2, p. 296-324, 2003.

SCHMITT, Carl. *Legality and legitimacy*. Trad. J. Seitzer. Durham; London: Duke University Press, 2004.

SIMON, Henrique Smidt. Moralização da política e desequilíbrio institucional: alguns efeitos da atividade do Supremo Tribunal Federal para a democracia brasileira. *Revista Justiça do Direito*, v. 36, n. 3, p. 114-143, 2022.

SINGER, André. Brasil, junho de 2013: classes e ideologias cruzadas. *Novos Estudos*, n. 97, p. 23-40, 2013.

STANLEY, Jason. **Como funciona o fascismo: A política do " nós" e " eles"**. Porto Alegre: L&PM Editores, 2018.

TYULKINA, Svetlana. Militant Democracy: An Alien Concept For Australian Constitutional Law? **Adelaide Law Review**, vol. 36, n. 2, p. 517-539, 2015a.

TYULKINA, Svetlana. **Militant Democracy: undemocratic political parties and beyond**. 1.ed. New York: Routledge, 2015b

UOL. **Bolsonaro diz que Forças Armadas apoiam totalmente as suas decisões**. São Paulo, 12/8/201. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2021/08/12/bolsonaro-forcas-armadas-apoio-total-as-decisoes-do-presidente.htm>

VALENTE, Rubens. Ação sigilosa do governo mira professores e policiais antifascistas. Uol. 24 de junho de 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/rubens-valente/2020/07/24/ministerio-justica-governo-bolsonaro-antifascistas.htm>. Acesso em 13.02.2024.

VIGNA, Anne. ¿ Hacia un ‘bolsonarismo’ sin Bolsonaro?: Intento de golpe de Estado en Brasilia. *Le Monde diplomatique* en español, n. 328, p. 8-9, 2023.

VITÓRIA, Mateus Côrte. A inconstitucionalidade do inquérito n. 4.781 à luz de uma perspectiva democrática. Atuação: *Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, v. 16, n. 35, p. 3-24, 2021.

Todo o conteúdo deste periódico, exceto onde estiver identificado,
está licenciado sob uma Licença Creative Commons (cc by 4.0)