



**CENTRO UNIVERSITÁRIO CHRISTUS
PROGRAMA DE PÓSGRADUAÇÃO EM DIREITO**

DAVID SOBREIRA BEZERRA DE MENEZES

**DOMESTICANDO A JUSTIÇA: COMO OS TRIBUNAIS MORREM E O QUE
PODE SER FEITO PARA SALVÁ-LOS**

FORTALEZA

2024

DAVID SOBREIRA BEZERRA DE MENEZES

DOMESTICANDO A JUSTIÇA: COMO OS TRIBUNAIS MORREM E O QUE PODE
SER FEITO PARA SALVÁ-LOS

Dissertação apresentada ao Mestrado Acadêmico em Direito do Centro Universitário Christus como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre. Área de concentração: Direito e Acesso à Justiça.

Orientador: Professor Dr. Juraci Mourão Lopes Filho

Coorientadora: Carina Barbosa Gouvêa

FORTALEZA

2024

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Centro Universitário Christus - Unichristus
Gerada automaticamente pelo Sistema de Elaboração de Ficha Catalográfica do
Centro Universitário Christus - Unichristus, com dados fornecidos pelo(a) autor(a)

S677d Sobreira Bezerra De Menezes, David.
Domesticando a Justiça : Como os Tribunais morrem e o que
podemos fazer para salvá-los / David Sobreira Bezerra De Menezes. -
2024.
129 f.

Dissertação (Mestrado) - Centro Universitário Christus -
Unichristus, Mestrado em Direito, Fortaleza, 2024.
Orientação: Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho.
Coorientação: Prof. Dr. Carina Barbosa Gouvêa.
Área de concentração: Direito, Acesso à Justiça e ao
Desenvolvimento.

1. erosão constitucional. 2. constitucionalismo abusivo. 3.
independência judicial. 4. domesticação de cortes. I. Título.

CDD 340

DAVID SOBREIRA BEZERRA DE MENEZES

DOMESTICANDO A JUSTIÇA: COMO OS TRIBUNAIS MORREM E O QUE PODE
SER FEITO PARA SALVÁ-LOS

Dissertação apresentada ao Mestrado Acadêmico em Direito do Centro Universitário Christus como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre. Área de concentração: Direito e Acesso à Justiça.

Aprovada em: 17 / 07 / 2024

BANCA AVALIADORA

Professor Dr. Juraci Mourão Lopes Filho, Doutor (Orientador)
Centro Universitário Christus (Unichristus)

Professor Dra. Carina Barbosa Gouvêa, Doutora (Co-supervisor)
Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)

Professor Dr. Yaniv Roznai (Membro Externo)
Universidade Reichman

Professor Dr. David E. Landau (Membro Externo)
Universidade do Estado da Flórida

Para Sirene e Michelle, que dão significado a todas as conquistas de minha vida.

AGRADECIMENTOS

Certa vez, ao discursar para graduandos de uma universidade, Arnold Schwarzenegger comentou que rejeitava o rótulo de “self-made man”. Segundo ele, a ideia não passa de um mito de que nós, enquanto seres humanos, podemos alcançar a grandeza sem a ajuda de outras pessoas. Parto da mesma premissa ao falar deste trabalho. Ainda que sua escrita tenha sido inteiramente feita por mim, sua conclusão não seria possível sem a ajuda de dezenas de pessoas cujo apoio e ideias contribuíram para que eu conseguisse finalizar este trabalho. Por isso, não poderia deixar de agradecer a cada um – pedindo o perdão antecipado de, por descuido, esquecer de mencionar alguém.

Primeiro, e não podia ser diferente, agradeço a minha mãe, Michelle, e a minha avó, Sirene. Vocês não são apenas minhas maiores dádivas, são também o motivo pelo qual eu me esforço para tentar alcançar o maior grau de excelência possível para ser digno do orgulho de ambas. Somo a este agradecimento uma dedicação à minha irmã caçula, Ártemis, espero que possa um dia ser tão motivo de orgulho para você quanto você é para mim.

Agradeço também a meu pai, de quem tomo emprestado meu nome, e a meu avô, Diatahy, a parte intelectual de onde retiro inspiração para continuar estudando e me aperfeiçoando com constância.

Não poderia deixar de mencionar meus orientadores, cujo conversas contribuíram para o melhoramento deste que considero um trabalho ainda longe de acabado. Juraci Mourão e Carina Gouvêa, é motivo de grande felicidade poder dizer que fui orientado por vocês. Agradeço também a Carlos Marden, um professor e amigo com quem aprendo muito e cujas ideias plantaram a semente para o desenvolvimento deste trabalho.

Aos meus amigos, agradeço a vocês por conseguirem me suportar com maestria, uma habilidade certamente singular. Maria Eduarda, sua atenção e cuidado foram essenciais para que eu conseguisse lidar com boa parte das atribulações que passei nos últimos anos. Adeildo, a você devo muito mais do que poderia pôr em palavras, foi sua amizade que fez florescer em mim a vontade de ser um acadêmico.

Por fim, agradeço a cada um dos professores, colegas e pesquisadores cujas ideias foram essenciais para que este trabalho não fosse um amontado de idiotices. Agradeço especialmente aos professores Raul Urribarri, Tímea Drinócz, Agnieszka Bień-Kacała e Yaniv Roznai, pela gentileza das longas conversas que foram imprescindíveis para a compreensão do contexto jurídico-político de vários dos países aqui estudados. Agradeço, ainda aos professores David

Landau e Yaniv Roznai pela honra de integrarem minha banca avaliadora. Seus comentários e críticas certamente farão desse trabalho algo muito melhor.

Todos os erros são inteiramente meus.

David Sobreira
28 de agosto de 2024

It is the institutions that help us preserve decency. They need our help as well. Do not speak of “our institutions” unless you make them yours by acting on their behalf. Institutions do not protect themselves. They fall one after the other unless each is defended from the beginning. So choose an institution you care about – a court, a newspaper, a law, a labor union – and take its side.

Timothy Snyder

RESUMO

A nova onda de autocratização mundial parece ter chegado para ficar. Relatórios do V-Dem Institute demonstram que em 2023 pelo menos 42 países passavam (ou continuam passando) por um processo de autocratização. Nesse contexto, o presente trabalho se propõe a avaliar uma estratégia particular utilizada por agentes autoritários que buscam se entrincheirar no poder permanentemente: a captura de cortes. O trabalho tem como objetivo avaliar como atos desse tipo acontecem e o que pode ser feito para evitar que se concretizem. Para isso, o trabalho parte da apresentação de uma proposta conceitual (domesticação de cortes) e tipológica para avaliação de medidas de reforma de supremas cortes e cortes constitucionais. Com base nesse framework, são apresentados seis estudos de caso (Venezuela, Turquia, Hungria, Polônia, El Salvador e Israel) que experimentaram processos ou tentativas de domesticação de suas cortes. Em seguida, tomando por base a experiência desses países, apresenta ideias de como um sistema pode ser melhorado para evitar que sua suprema corte ou corte constitucional seja capturada. Após isso, um capítulo é dedicado a analisar, a partir do framework da domesticação, propostas discutidas e apresentadas no Congresso Nacional brasileiro para a reforma do Supremo Tribunal Federal. Por fim, são apresentadas algumas considerações no sentido de reforçar as propostas de proteção das cortes com ênfase na realidade brasileira.

Palavras-chave: erosão constitucional; constitucionalismo abusivo; independência judicial; domesticação de cortes.

ABSTRACT

The new wave of global autocratization seems to be here to stay. Reports from the V-Dem Institute demonstrate that in 2023 at least 42 countries were undergoing (or continue to undergo) a process of autocratization. In this context, the present work aims to evaluate a particular strategy used by authoritarian agents seeking to entrench themselves in power permanently: court capture. The objective of this work is to assess how such acts occur and what can be done to prevent them from materializing. To this end, the work begins with the presentation of a conceptual (domestication of courts) and typological proposal for evaluating measures to reform supreme courts and constitutional courts. Based on this framework, six case studies (Venezuela, Turkey, Hungary, Poland, El Salvador, and Israel) are presented, which have experienced processes or attempts to domesticate their courts. Subsequently, drawing on the experience of these countries, the work presents ideas on how a system can be improved to prevent its supreme court or constitutional court from being captured. Following this, a chapter is dedicated to analyzing, using the domestication framework, proposals discussed and presented in the Brazilian National Congress for the reform of the Supreme Federal Court. Finally, some considerations are presented to reinforce the proposals for court protection, with an emphasis on the Brazilian reality.

Keywords: Constitutional Erosion; Abusive Constitutionalism; Judicial Independence; Court Taming.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DOMESTICANDO CORTES	14
2.1 A ascensão das Cortes	17
2.2 Conceito e tipologia	22
2.2.1 Expansão.....	27
2.2.2 Redução	29
2.2.3 Transformação.....	31
3 COMO AS CORTES MORRTEM: UMA ANÁLISE COMPARADA	33
3.1 Supremo, <i>pero no mucho</i>: a Corte mais alta da Venezuela sob Chávez	36
3.2 A democratização que deu errado na Turquia	43
3.3 O laboratório da democracia iliberal húngaro	50
3.4 Budapeste em Varsóvia: a blitzkrieg polonesa contra a independência judicial	56
3.5 Sob a sombra do autocrata millennial de El Salvador	64
3.6 O confronto constitucional de Israel	71
4 ANCORANDO A INDEPENDÊNCIA JUDICIAL	81
4.1 Caminhos para a construção de uma legitimidade sociológica	81
4.2 Algumas lições de design constitucional	86
4.2.1 Evitando as sereias.....	86
4.2.2 Cortes no topo.....	88
4.2.3 Cegando os tomadores de decisão	89
4.3 Hermenêutica de emergência	91
5 DOMESTICAÇÃO DE CORTES NO BRASIL: UMA AMEAÇA	98
5.1 A morte do Poder Judiciário	98
5.2 Garroteando o Supremo Tribunal Federal	100
5.3 Propostas de domesticação de cortes sob a Constituição de 1988	102
CONSIDERAÇÕES FINAIS	108
BIBLIOGRAFIA	112
ANEXO I – ATA DE DEFESA	126

1 INTRODUÇÃO

“Uma morte por mil cortes.” É assim que alguns estudiosos do fenômeno da erosão constitucional descrevem o processo que leva ao fim de uma democracia. A literatura acadêmica tem demonstrado reiteradamente que regimes não democráticos não mais terminam de forma abrupta, mas sim de maneira gradual, embora a velocidade possa variar. Esse fenômeno se manifesta por meio de uma série de pequenos ataques às instituições democráticas que, individualmente, podem parecer insignificantes, mas que, coletivamente, corroem a estrutura fundamental do estado de direito.

Contudo, nem todos os cortes são iguais. Alguns deles são mais profundos e causam danos mais sérios do que outros, especialmente quando a integridade de supremas cortes e de cortes constitucionais é violada. Estas instituições desempenham um papel fundamental na manutenção da ordem constitucional, atuando como guardiãs da constituição e protetoras dos direitos fundamentais. Quando são atacadas, a capacidade de um sistema democrático de se autocorrigir e resistir a abusos de poder é severamente comprometida.

A ciência política tem demonstrado que uma nova onda de autocratização está entre nós.¹ Acadêmicos têm estudado incessantemente esse problema, sobretudo na última década e meia, quando o fenômeno parece ter ganhado mais tração mundo afora. Apesar das diferentes abordagens das pesquisas, uma conclusão sobre o processo de autocratização parece ser pacífica: a importância das Cortes de cúpula para a sua realização. Frequentemente vistas como obstáculos por líderes autoritários, essas cortes são vítimas de ataques que buscam minar sua independência e transformá-las em ferramentas para legitimar suas agendas.

A importância das Cortes Supremas/Constitucionais na proteção dos valores democráticos não pode ser subestimada. Devido ao poder que possuem, essas instituições são capazes de agir como um dique de contenção democrática contra projetos autoritários. Ao proteger os direitos fundamentais e assegurar que os Poderes Legislativo e Executivo operem dentro dos limites constitucionais, elas desempenham um papel vital na preservação da democracia. Esse mesmo papel, no entanto, as torna alvos prioritários de agentes autoritários que buscam consolidar o poder e eliminar mecanismos que podem frear seus planos.

Nas últimas décadas, Supremas Cortes e Cortes Constitucionais têm sido alvo de ataques sistemáticos em várias partes do mundo. Em países como Venezuela, Turquia, Hungria, Polônia, El Salvador e Israel, líderes políticos têm implementado estratégias para enfraquecer

¹ LÜHRMANN, Anna; LINDBERG, Staffan I. A third wave of autocratization is here: what is new about it? *Democratization*, v. 26, n. 7, p. 1095-1113, 2019.

ou controlar essas instituições. No repertório dessas figuras liberais estão medidas como a reforma das estruturas judiciais, a redução do número de juízes, a ampliação do controle executivo sobre as nomeações judiciais e a limitação da autoridade das cortes. Tais medidas não apenas comprometem a independência judicial, mas também facilitam a implementação de políticas que podem ser contrárias aos princípios democráticos. Devido a esses problemas, este trabalho se propõe a analisar como agentes políticos subverteram cortes e as instrumentalizaram para seus propósitos.

Assim, o Capítulo 2 parte de uma abordagem histórica na qual são expostos os motivos que levaram à concentração de poderes em Supremas Cortes e Cortes Constitucionais. De *Marbury v. Madison*, em 1803, à invalidação da Emenda 3 pela Suprema Corte de Israel em 2024, passando pela criação da doutrina da estrutura básica na Índia, na década de 1970, essa explicação é importante para a compreensão da autoridade das cortes e do interesse que despertam em agentes autoritários. Este capítulo explora como esses tribunais adquiriram seu papel de guardiões da Constituição e como essa autoridade os tornou alvos em tempos de crise democrática.

Em seguida, é introduzido um conceito para o que chamei de domesticação de cortes, nome que considero mais apropriado do que as alternativas usadas na literatura especializada. A esse conceito se soma uma tipologia, criada a partir da análise da experiência de seis países. Partindo do conceito apresentado e utilizando um argumento dedutivo, são apresentadas breves razões pelas quais entendo que a domesticação de uma corte deve ser vista como inconstitucional.

Dedicado a uma abordagem comparada, o Capítulo 3 começa pela metodologia utilizada para a escolha dos países analisados. Questões como recorte temporal, bem como conceitos de democracia e de transição de regimes, são explicadas. Em seguida, é apresentado o contexto político e processo de erosão de seis países (Venezuela, Turquia, Hungria, Polônia, El Salvador e Israel), com ênfase nos ataques direcionados às suas Supremas Cortes e Cortes Constitucionais.

Construindo sobre as lições extraídas do estudo de cada um desses países, o Capítulo 4 traz propostas sociológicas e institucionais para enfrentar o problema da domesticação das cortes. Em uma lista não exaustiva, são apresentadas ideias relacionadas à legitimidade sociológica e como uma corte pode construí-la, a como designers constitucionais podem estabelecer regras para dificultar tentativas de domesticação e formas pelas quais as próprias cortes podem se defender de ataques.

O Capítulo 5 é focado na realidade brasileira. Partindo das lições extraídas do estudo dos demais países, são analisadas propostas que foram discutidas ou apresentadas no Congresso Nacional com o objetivo de reformar o Supremo Tribunal Federal. O objetivo desta análise é verificar a constitucionalidade de cada uma das propostas a partir do *framework* apresentado no Capítulo 2.

Por fim, são apresentadas algumas ideias nas considerações finais com uma breve ênfase na realidade brasileira. Além de reforçar as bases e propostas do trabalho, esta seção traz críticas pontuais ao comportamento de juízes que pode contribuir para o enfraquecimento das cortes, abrindo um flanco para ataques em potencial.

Para fins de honestidade intelectual, é necessário que o leitor saiba que este trabalho foi escrito sob o uso de lentes liberais. Portanto, como ensinado pela primeira virada linguística, é impossível que minha leitura dos fenômenos apresentados se dissocie de como enxergo o mundo. Espero, entretanto, que a pesquisa apresente elementos objetivos o suficiente para que possam ser replicados e utilizados por outros.

2 DOMESTICANDO CORTES

“Em vez de rejeitar a linguagem do constitucionalismo e da democracia em nome de uma grande ideologia, como fizeram seus antecessores autoritários, os novos autocratas legalistas adotam a linguagem constitucional e democrática enquanto ignoram qualquer compromisso com os valores liberais que dão significado a essas palavras.”

Kim Lane Scheppele

Nas duas últimas décadas, a literatura jurídico-acadêmica passou por uma crescente produção de estudos sobre o processo de degradação da democracia liberal – que enfrenta mais uma de suas crises em muitos países do mundo.² Quantitativamente, o mundo está dividido entre 91 democracias e 88 autocracias, como aponta o relatório de 2024 do Varieties of Democracy Institute (V-Dem Institute).³ Essa leve vantagem da democracia, entretanto, é apenas aparente. Uma leitura qualitativa do mesmo relatório aponta que 71% da população mundial (5,8 bilhões de pessoas) vive em autocracias – um aumento de 48% na última década.⁴

É difícil avaliar se essa é uma tendência que persistirá ou se, por outro lado, o fenômeno faz parte de um ciclo de crises dos regimes democráticos. Seja qual for a resposta, acadêmicos têm produzido avisos, análises e respostas para tentar superar esse momento. O resultado disso foi uma vasta coleção de trabalhos que trouxe insights relevantes para a compreensão desse período. Sem esgotar o tema – e provavelmente fazendo a injustiça de deixar de citar algum –, podem ser mencionados os trabalhos de Jack Balkin (Constitutional Rot),⁵ David Landau (Abusive Constitutionalism),⁶ Nancy Bermeo (Democratic Backsliding),⁷ Emílio Peluso Meyer (Constitutional Erosion)⁸ e Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (How Democracies Die).⁹

Os desafios autoritários lançados contra a democracia da atualidade têm uma marca em comum: o progressivo fortalecimento da democracia multirracial – é o que apontam Levitsky e Ziblatt.¹⁰ Por democracia multirracial, Levitsky e Ziblatt entendem o “sistema político com

² Em uma visão holística, Hanspeter Kriesi discorda da que exista uma crise democrática na Europa. Cf. KRIESI, Hanspeter. Is There a Crisis of Democracy in Europe? *Polit Vierteljahresschr*, v. 61, p. 237-260, 2020.

³ NORD, Marina et al. **Democracy Report 2024: Democracy Winning and Losing at the Ballot**. University of Gothenburg: V-Dem Institute, 2024. p. 6.

⁴ *Ibid.*, p. 6.

⁵ BALKIN, Jack M. Constitutional Rot. *Maryland Law Review*, v. 77, iss. 1, p. 147-160, 2017.

⁶ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *UC Davis Law Review*, v. 47, p. 189-260, 2013.

⁷ BERMEO, Nancy. On Democratic Backsliding. *Journal of Democracy*, v. 27, n. 1, p. 5-19, 2016.

⁸ MEYER, Emílio Peluso Neder. **Constitutional Erosion in Brazil**. New York: Hart Publishing, 2021.

⁹ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **How Democracies Die**. New York: Crown, 2018.

¹⁰ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Tyranny of the Minority: Why American Democracy Reached the Breaking Point**. New York: Crown, 2023. p. 1-3.

eleições regulares, livres e justas, nas quais cidadãos adultos de todos os grupos étnicos possuem o direito de votar e liberdades civis básicas, como liberdade de expressão, imprensa, reunião e associação”.¹¹ Essas garantias não podem ser vazias; é necessário, portanto, que além de efetivas, elas estejam disponíveis aos indivíduos de todas as origens.

Nesse contexto, o fortalecimento de um mundo cada vez mais cosmopolita e globalizado tem contribuído para o avanço da democracia multirracial. Como consequência, grupos sociais então dominantes agora se veem forçados a dividir suas posições de poder com grupos outrora marginalizados. Para Levitsky e Ziblatt, essa perda de espaço político leva os antigos grupos dominantes a questionarem as mudanças no status quo social, fazendo com que temam por suas posições na sociedade.¹²

Esse medo, temperado pelo ressentimento da perda do status social, torna tais grupos suscetíveis a captura por discursos de populistas demagogos. Alguns desses populistas, muitas vezes carismáticos, têm pouco ou nenhum compromisso com a democracia e são capazes de canalizar os piores sentimentos de um povo. Isso, porque, Isso, porque, “[m]esmo que dependa da retórica e de apelos irracionais, o populismo responde a problemas reais”,¹³ a exemplo do déficit democrático, atualmente crescente em decorrência de fatores como:

[...] o crescimento geral do poder executivo à custa dos legislativos, corrupção política e o papel do dinheiro no processo eleitoral, o enfraquecimento dos partidos políticos, o surgimento da ‘democracia da mídia’, a instrumentalização e comercialização da esfera pública, a transformação da sociedade civil em uma rede de organizações formais, a redução das práticas democráticas diretas em plebiscitárias e o crescimento de poderosas organizações regionais ou internacionais menos democráticas em forma e operação do que muitos estados-nação.¹⁴

O populismo, entretanto, possui muitas definições. Segundo Bojan Bugaric, o populismo é como um camaleão, capaz de se adaptar ao seu ambiente e possuindo uma ideologia muito restrita. Dessa forma, é possível que o populismo seja “agrário,

¹¹ No original: “[...] political system with regular, free, and fair elections in which adult citizens of all ethnic groups possess the right to vote and basic civil liberties such as freedom of speech, the press, assembly, and association”. LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Tyranny of the Minority: Why American Democracy Reached the Breaking Point**. New York: Crown, 2023. p. 2.

¹² Ibid.

¹³ No original: “[i]n spite of the reliance on rhetoric and irrational appeals, populism does respond to real problems”. ARATO, Andrew. How we got here? Transition failures, their causes and the populist interest in the constitution. **Philosophy and Social Criticism**, v. 45(9-10), p. 1106–1115, 2019. p. 1108.

¹⁴ No original: “[...] the general growth of executive power at the expense of legislatures, political corruption and the role of money in the electoral process, the weakening of political parties, the rise of ‘media democracy’, the instrumentalization and commercialization of the public sphere, the transformation of civil society into a network of formal organizations, the reduction of direct democratic practices into plebiscitary ones and the growth of powerful regional or international organizations less democratic in form and operation than were many nation states”. Ibid., p. 1108.

socioeconômico, xenófobo, reacionário, autoritário” e até mesmo “progressista”.¹⁵ Alguns elementos do populismo, entretanto, se repetem com frequência, como a separação da sociedade em grupos antagônicos; a pretensão de falar em nome do povo; e a priorização da soberania popular e da democracia direta.¹⁶

Em sentido semelhante, mas com uma abordagem mais sistemática, Andrew Arato parte da premissa de que “o principal desafio à democracia hoje vem de projetos (movimentos e regimes) que se encaixam muito bem nos seis critérios”, que são extraídos das teorias de diversos cientistas políticos:

1. Apelo ao 'povo' e à 'soberania popular' como significantes vazios, unindo de forma retórica demandas e queixas heterogêneas (= a ficção de E. Morgan; o mito de M. Canovan).
2. Uma parte (da população) representando o todo ('o povo').
3. A construção de uma fronteira de antagonismo (= o casal amigo-inimigo de Carl Schmitt).
4. Unificação através de forte identificação com um líder, ou raramente um grupo de liderança unificado (= modelo de incorporação de Lefort, Habermas; a vontade geral de C. Mudde).
5. Insistência em uma noção forte de política, ou 'o político' e desinteresse pela mera 'política ordinária' ou política pública.
6. No entanto, apego a eleições pelo menos parcialmente competitivas (até que um regime populista com eleições meramente ritualizadas possa ser constituído).¹⁷

A conclusão é que o projeto populista, em sua forma autoritária^{18 19}, apresenta elementos essencialmente incompatíveis com a democracia, como dividir a sociedade entre aliados e

¹⁵ No original: “agrarian, socio-economic, xenophobic, reactionary, authoritarian” [...] “progressive”. BUGARIC, Bojan. The two faces of populism: Between authoritarian and democratic populism. **German Law Journal**, v. 20, Special Issue 3: Populist Constitutionalism: Varieties, Complexities and Contradictions, p. 390-400, April 2019. p. 392.

¹⁶ BUGARIC, Bojan. The two faces of populism: Between authoritarian and democratic populism. **German Law Journal**, v. 20, Special Issue 3: Populist Constitutionalism: Varieties, Complexities and Contradictions, p. 390-400, April 2019. p. 392.

¹⁷ No original: “today’s main challenge to democracy comes from projects (movements and regimes) that very well fit the six criteria” [...] “1. Appeal to ‘the people’ and ‘popular sovereignty’ as empty signifiers, uniting in a rhetorical form heterogeneous demands and grievances (=the fiction of E. Morgan; the myth of M. Canovan). 2. A part (of the population) standing for the whole (‘the people’). 3. The construction of frontier of antagonism (=the friend–enemy couplet of Carl Schmitt). 4. Unification through strong identification with a leader, or rarely unified leadership group (=embodiment model of Lefort, Habermas; the general will of C. Mudde). 5. Insistence on a strong notion of politics, or ‘the political’ and a disinterest in mere ‘ordinary’ politics or policy. 6. Nevertheless, attachment to at least partially competitive elections (until a populist regime with mere ritualized elections can be constituted)”. ARATO, Andrew. How we got here? Transition failures, their causes and the populist interest in the constitution. **Philosophy and Social Criticism**, v. 45(9-10), p. 1106–1115, 2019. p. 1107.

¹⁸ Bojan Bugarc diferencia dois tipos de populismo, um de natureza autoritária e, portanto, contrário aos valores liberais; e outro emancipatório, que pode ser compatível com a democracia liberal. Cf. BUGARIC, op. cit.

¹⁹ O conceito de populismo é essencialmente disputado, apesar de contar com algumas características comuns. Contudo, nem todos os autores concordam com a existência de um populismo com características liberais como Bugarc. Cf. GOUVÊA, Carina Barbosa; CASTELO BRANCO, Pedro H. Villas Bôas. **Populist Governance in Brazil: Bolsonaro in Theoretical and Comparative Perspective**. Cham: Springer, 2022. p. 43.

inimigos – e não como aliados e oponentes. – e não como aliados e oponentes. Essa ideia, inclusive, reflete propostas como a da tolerância mútua de Levitsky e Ziblatt. Para eles, enquanto os oponentes jogarem conforme as regras do jogo, seu direito de existir e competir pelo poder deve ser respeitado por agentes que se pretendam democráticos.²⁰

O respeito ao oponente – e ao seu direito de participação – também é defendido por teorias mais radicais, centradas no caráter naturalmente conflitivo da democracia, como a de Chantal Mouffe. Em seu modelo agonístico de democracia, Mouffe se vale da palavra inimigo, mas de forma qualificada: “[u]m adversário é um inimigo, mas um inimigo legítimo, alguém com quem temos algum terreno comum porque compartilhamos adesão aos princípios ético-políticos da democracia liberal: liberdade e igualdade”.²¹

Na contramão dessas propostas, o mundo tem visto o populismo ganhar espaço. Discursos de agentes autoritários e suas práticas iliberais têm sido bem-recebidas em diversos países que enfrentam crises de diferentes naturezas. Assim como aconteceu no século passado, quando a democracia ainda não era um valor consolidado – autocratas se tornaram o novo sexy, pelo menos para parte da população.

Sabendo que o bom funcionamento de uma democracia constitucional depende de uma série de elementos como o (i) desempenho adequado das instituições de contenção do poder; (ii) a confiança popular nos representantes populares, além de (iii) a paciência e obediência dos agentes públicos com as regras do jogo político,²² figuras autoritárias não veem problemas em sabotar os mecanismos que mantêm a higidez desses fatores em nome de seus projetos políticos.

Dentre esses ingredientes necessários à boa performance democrática, o desempenho adequado das instituições de contenção do poder, mais especificamente a independência das Cortes Supremas/Constitucionais é o objeto central de estudo desse trabalho. Isso, porque, em razão do poder de que dispõem, elas se tornaram alvos recorrentes de ataques daqueles que querem promover projetos iliberais.

2.1 A ascensão das Cortes

Quando Alexander Hamilton começou a circular seus ensaios, em Nova York, defendendo a ratificação da Constituição americana, enxergava na Suprema Corte o “Poder

²⁰ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **How Democracies Die**. New York: Crown, 2018.

²¹ No original: “[a]n adversary is an enemy. but a legitimate enemy. one with whom we have some common ground because we have a shared adhesion to the ethico-political principles of liberal democracy: liberty and equality”. MOUFFE, Chantal. **The Democratic Paradox**. London; New York: Verso, 2000. p. 102.

²² BALKIN, Jack M. Constitutional Crisis and Constitutional Rot. **Maryland Law Review**, v, 77, n. 605, p. 101-117, 2017. p. 105.

menos perigoso”.²³ Por não ter acesso à bolsa (orçamento), de competência do Legislativo, ou à espada (exército), de competência do Executivo, o Poder Judiciário representava, para os pais fundadores dos Estados Unidos, um risco reduzido à liberdade.

Pouco mais de uma década após a ratificação da Constituição, a Suprema Corte dos Estados Unidos deu o primeiro sinal de que a previsão hamiltoniana estava longe de ser verdadeira. Ao julgar *Marbury v. Madison*,²⁴ a Corte arrogou para si o poder de invalidar leis incompatíveis com a Constituição. Longe de ser uma questão verdadeiramente jurídica, *Marbury v. Madison* foi fruto de uma disputa entre os dois principais grupos políticos da época: os democráticos-republicanos, liderados por Thomas Jefferson, e os federalistas, do ex-presidente John Adams.

Essa competência não era nova. Na Virginia, duas décadas antes do julgamento de *Marbury*, a Corte de Apelações do estado já afirmava o poder de recusar-se a aplicar leis que considerasse inconstitucionais. O mesmo se repetiu em Rhode Island, em 1786, no julgamento de *Trevett v. Weeden*.²⁵ Ainda assim, nada do tipo existia em nível Federal, fato que garantiu a *Marbury v. Madison* um lugar especial na história constitucional.

Com o passar do tempo, o campo do Direito, incluindo o Direito Constitucional, evoluiu. Consequentemente, as Supremas Cortes e as Cortes Constitucionais tornaram-se cada vez mais relevantes. Criada pela Constituição da Filadélfia de 1787, a Suprema Corte dos Estados Unidos foi a primeira do seu tipo, servindo como modelo para vários países em todo o continente americano durante os séculos XIX e XX. Enquanto isso, em 1920, a Áustria estabeleceu o primeiro modelo de Corte Constitucional. Seguindo o chamado sistema difuso, o modelo americano, ancorado por uma Suprema Corte, permite que qualquer tribunal exerça o controle judicial sobre leis em casos específicos. Em contraste, o sistema concentrado, seguindo uma tradição da Europa continental, só permite que o controle constitucional seja exercido de forma abstrata por uma Corte Constitucional.²⁶

A partir de estudos envolvendo essas instituições, emergiu um dos debates acadêmicos mais significativos da história, abordando a questão: Quem deve guardar a Constituição? Hans Kelsen e Carl Schmitt forneceram respostas diferentes para essa pergunta. Seguindo uma

²³ No original: “least dangerous branch”. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**: a collection of essays written in favour of the new Constitution as agreed upon by the Federal Convention, September 17, 1787. Dublin: Coventry House Publishing, 2015. p. 381.

²⁴ **Marbury v. Madison**, 5 U.S. 137 (1803).

²⁵ MEIGS, William. **The Relation of the Judiciary to the Constitution**. New York: Da Capo Press, 1971. p. 63 e 70.

²⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Constitutional Courts / Supreme Courts, General. In: GROTE, Rainer; LACHENMANN, Frauke; WOLFRUM, Rüdiger (ed.). **Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law**. Available at: <https://oxcon.ouplaw.com/page/595>. Accessed in 24 abr. 2024.

tradição mais democrática, Kelsen argumentava que a interpretação da constituição deveria ser delegada a um corpo independente, não parte da estrutura tradicional dos Poderes. Para Kelsen, a existência de uma corte constitucional era essencial para garantir a supremacia constitucional e evitar a arbitrariedade do poder político, ou seja, um sistema fechado onde a moral e a política deveriam ser impenetráveis.²⁷

Por sua vez, Carl Schmitt, crítico do liberalismo, também sustentava que o guardião da Constituição deveria ser uma terceira instituição diferente dos poderes constituídos, pois relegar a estes tal atribuição poderia fazer com que se elevassem sobre os demais e se esquivassem, eventualmente, do controle – o que resultaria em um senhor da Constituição.²⁸ Afastando, contudo, de Kelsen, Schmitt defendia que a guarda da Constituição deveria ser atribuída ao Presidente ou o soberano, em razão da própria natureza da política e da soberania.²⁹

Um segundo momento de destaque para a história constitucional, em especial para a proliferação e consolidação de Cortes Supremas/Constitucionais, foi o pós-Segunda Guerra, quando o centro de gravitação das Constituições sofreu uma alteração. Antes centradas na estruturação do Estado e no estabelecimento de competências, Constituições passaram a orbitar em torno dos direitos fundamentais.³⁰

Essa nova dinâmica levou ao desenvolvimento de uma hermenêutica própria, agora focada na concretização dos direitos fundamentais.³¹ Uma das marcas desse fenômeno é o julgamento do Caso Lüth, pelo Tribunal Constitucional Federal alemão. Naquele momento, foi introduzido no léxico constitucional a noção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais, um sinal de que a constituição se irradiava por toda a sociedade, protegendo o cidadão não só em sua relação com o Estado, mas também com outros cidadãos.³²

Como resultado, as Cortes Supremas/Constitucionais passaram a ocupar o centro do projeto do constitucionalismo. Responsáveis por garantir a efetividade das promessas constitucionais feitas por muitos Estados, algumas delas reivindicaram para si poderes sem expressa previsão constitucional. Como lembra Arato, antes de receber expressamente esses

²⁷ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 237 e ss.

²⁸ OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. Judicialização da Política, Auto-restrição judicial e a Defesa da Constituição: algumas lições de Carl Schmitt em *Der Hüter der Verfassung*. **doispontos**., Curitiba, São Carlos, v. 17, n. 2, p. 63-84, dez. 2020. p. 65.

²⁹ VINX, Lars. **The Guardian of the Constitution**: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of Constitutional Law. Cambridge University Press, 2015. p. 180.

³⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 35. ed. Salvador; São Paulo: JusPodivm; Malheiros, 2020. p. 616-7.

³¹ *Ibid.*, p. 611.

³² BVerfGE 7, 198 (**Lüth-Urteil**).

poderes por delegação, foram as cortes que primeiro assumiram o papel de diferenciar poderes constituinte e constituído.³³

Em outro exemplo, a Suprema Corte da Índia, em 1967 – excedendo a ousadia da Suprema Corte americana no julgamento de *Marbury v. Madison* –, reconheceu sua autoridade para invalidar emendas constitucionais que violassem direitos fundamentais.³⁴ Esse poder foi reafirmado em 1973, em *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*, quando a Corte traçou o desenho do que ficaria conhecido como doutrina da estrutura básica, responsável por estabelecer parâmetros mínimos para o exercício desse poder. A partir de então, os elementos essenciais da Constituição indiana, sua estrutura básica, ganhava nova proteção.³⁵

Mais recentemente, a Suprema Corte de Israel, no início de 2024, invalidou uma emenda à Lei Fundamental. A norma fazia parte de um plano maior do governo de Benjamin Netanyahu para se entrincheirar no poder e reduzir direitos e garantias fundamentais de parte dos cidadãos de Israel. Na decisão, sem poder utilizar uma norma expressa que lhe garanta esse poder, a Corte demonstra essa autoridade tomando emprestada a basic structure doctrine indiana, a tese das emendas constitucionais inconstitucionais, do professor Yaniv Roznai, além de outros elementos da literatura sobre erosão constitucional.³⁶

Nesse contexto, juristas e cientistas políticos passaram a estudar os motivos, formas e consequências desse processo de (auto)empoderamento dos tribunais. Tom Ginsburg destaca que em “décadas recentes, novas democracias ao redor do mundo adotaram cortes constitucionais para supervisionar a operação da política democrática”.³⁷ Em um cenário de incerteza política, Estados adotam o judicial review como mecanismo de proteção de “acordos constitucionais”.³⁸

Com uma teoria diferente, Ran Hirschl sugere que o empoderamento das cortes é melhor compreendido como decorrente da atuação interrelacionada de três grupos: i) elites políticas

³³ ARATO, Andrew. Populism, Constitutional Courts, and Civil Society. In: LANDFRIED, Christine (ed.). **Judicial Power: How Constitutional Courts affect Political Transformations**. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2019, p. 318-341. p. 331.

³⁴ ACKERMAN, Bruce. **Revolutionary Constitutions: Charismatic Leadership and the Rule of Law**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019. p. 67.

³⁵ **Kesavananda Bharati Sripadagalvaru & Ors. v. State of Kerala & Anr.**, 1973 SCC (4) 225.

³⁶ **H CJ 5658/23 Movement for Quality Government in Israel v. Knesset**. Decidido em: 1º jan. 2024. Disponível em:

<https://supremedecisions.court.gov.il/Home/Download?path=HebrewVerdicts/23/580/056/v31&fileName=23056580.V31&type=2>. Acesso em: 29 fev. 2024.

³⁷ No original: “[...] recent decades, new democracies around the world have adopted constitutional courts to oversee the operation of democratic politics”. GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies: Constitutional courts in Asian cases**. New York: Cambridge University Press, 2003. Apresentação da obra (página não numerada).

³⁸ *Ibid.*, p. 25.

ameaçadas, que buscam manter sua hegemonia isolando suas preferências políticas das vicissitudes democráticas; ii) elites econômicas, que utilizam a constitucionalização de direitos para avançar agendas econômicas com proteções contra ação governamental; e iii) elites judiciais, interessadas em aumentar seu poder e reputação internacional.³⁹

Seja pela tese de Ginsburg, seja pela de Hirschl, o resultado é invariável: judicialização.⁴⁰ Como consequência, questões de relevância política – e o poder de deliberar sobre elas – são transferidas para o Poder Judiciário, “em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo”.⁴¹

Esse cenário de cortes fortalecidas produz estímulos para que agentes políticos busquem nos tribunais formas de se entrincheirar no poder. Não sem razão, uma vez que Cortes Supremas/Constitucionais oferecem diversos mecanismos – nem todos republicanos – para que políticos ambiciosos busquem solidificar seus projetos.

Ocorre que, ao mesmo tempo que a cortes podem desempenhar papéis legítimos na promoção da democracia e do Estado de Direito, assim como a defesa dos direitos fundamentais, elas também podem ser instrumentalizadas para demolir esses mesmos elementos que constituem a base do sistema constitucional.⁴² Tentativas bem-sucedidas de realizar esse projeto iliberal tem sido vistas com frequência nas últimas décadas. Venezuela, Hungria e Turquia são alguns dos exemplos de países em que cortes constitucionais não mais conseguem desempenhar o papel que lhes cabe. Há, contudo, exemplos em sentido diferente, países que têm resistido às investidas autoritárias, como acontece em Israel e na Polônia.

Segundo Dieter Grimm, tribunais constitucionais, por constituírem um dos principais mecanismos de freios e contrapesos dos sistemas democráticos, são frequentemente as primeiras vítimas de investidas autoritárias contra o projeto do constitucionalismo.⁴³ Em suas formas mais sofisticadas, esses ataques ficaram conhecidas como legalismo autocrático⁴⁴ e

³⁹ HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**: The origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2004.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*. **Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018. p. 2178.

⁴¹ *Ibid.*, p. 2178.

⁴² ARATO, Andrew. *Populism, Constitutional Courts, and Civil Society*. In: LANDFRIED, Christine (ed.). **Judicial Power: How Constitutional Courts affect Political Transformations**. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2019, p. 318-341. p. 331-3.

⁴³ GRIMM, Dieter. *Neue Radikalkritik an der Verfassungsgerichtsbarkeit*. **Der Staat**, Berlin, v. 59, iss. 3, p. 321-353, 2020, p. 321.

⁴⁴ SCHEPPELE, Kim L. *Autocratic Legalism*. **University of Chicago Law Review**, v. 85, iss. 2, p. 545-583, 2018.

constitucionalismo abusivo,⁴⁵ a depender do caminho que o autocrata em potencial deseje seguir.

Esse fenômeno se torna ainda mais grave diante do “efeito demonstrativo”. Cunhada pelo economista James Duesenberry⁴⁶ – e tomada emprestada pela ciência política –, a expressão se traduz nos acontecimentos e inovações que, apesar de acontecerem em um local, influenciam agentes de outras sociedades a tentar repeti-las, como explicam Jørgen Møller, Svend-Erik Skaaning e Jakob Tolstrup.⁴⁷ Dessa forma, [q]uando os poderes democráticos predominam, efeitos de demonstração pró-democráticos proliferam e a democratização floresce; quando os poderes autocráticos predominam, efeitos de demonstração anti-democráticos abundam e as regressões democráticas dominam”.⁴⁸

Seja pela via infraconstitucional, seja pela via constitucional, a literatura especializada tem demonstrado como agentes autoritários promovem alterações buscando enfraquecer as bases do sistema democrático, em especial as cortes – que nem sempre possuem formas efetivas de se defender.

Portanto, estudar esse processo de subversão de cortes constitucionais possibilita uma compreensão mais profunda sobre os riscos que dele decorrem, além de permitir que se apresentem soluções efetivas contra procedimentos dessa natureza.

2.2 Conceito e tipologia

Entre os significados de “domesticação”, segundo o Cambridge Dictionary, está o ato de “controlar algo perigoso ou poderoso”. Normalmente utilizado para se referir a animais, o verbo foi aqui emprestado da biologia por representar a melhor forma de descrever o que ocorre quando uma corte perde sua autonomia diante de ataques iliberais.⁴⁹ A opção, inclusive, parece

⁴⁵ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *UC Davis Law Review*, v. 47, p. 189-260, 2013.

⁴⁶ DUSENBERRY, James Stemple. *Income, Saving, and the Theory of Consumer Behavior*. Cambridge: Harvard University Press, 1949.

⁴⁷ MØLLER, Jørgen; SKAANING, Svend-Erik; TOLSTRUP, Jakob. International Influences and Democratic Regression in Interwar Europe: Disentangling the Impact of Power Politics and Demonstration Effects. *Government and Opposition*, v. 52, n. 4, p. 559–586, 2017. p. 560.

⁴⁸ No original: “when democratic powers predominate, pro-democratic demonstration effects proliferate and democratization flourishes; when autocratic powers preponderate, anti-democratic demonstration effects abound and democratic regressions dominate”. MØLLER, Jørgen; SKAANING, Svend-Erik; TOLSTRUP, Jakob. International Influences and Democratic Regression in Interwar Europe: Disentangling the Impact of Power Politics and Demonstration Effects. *Government and Opposition*, v. 52, n. 4, p. 559–586, 2017. p. 561.

⁴⁹ SOBREIRA, David; COUTINHO, Carlos Marden Cabral. Domestizando a Justiça. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 10, n. 2, e242, maio/ago. 2023. p. 4.

ser mais adequada do que “captura”, muito utilizada na literatura especializada.⁵⁰ Isso, porque uma captura não necessariamente resulta em uma utilização direta do objeto ou pessoa capturada. Diferentemente, o ato de domesticar, apesar de igualmente instrumental, busca dar uso *direto* àquilo que foi domesticado, “impondo alinhamento entre a conduta pretendida e a vontade do agente”⁵¹ domesticador⁵².

Nesse contexto, “cortes domesticadas apresentam um valioso ativo para qualquer governo”,⁵³ sobretudo considerando que, até 2011, mais de 80% das constituições do mundo adotavam alguma medida de *judicial review*.⁵⁴ Assim, após o processo de domesticação, cortes podem: i) garantir tratamento diferenciado a leis e emendas de constitucionalidade duvidosa; ii) promover alterações constitucionais inviáveis pelo caminho político; iii) prejudicar o governo seguinte – caso o país se mantenha democrático – em suas tentativas de reverter as mudanças iliberais; e iv) facilitar o processo de entrincheiramento do governo domesticador no poder de forma indefinida.⁵⁵

O poder e o prestígio dos quais Cortes Supremas/Constitucionais dispõem é tamanho, que mesmo em regimes autocráticos consolidados essas instituições têm sua existência preservada. Para Arato, isso acontece por motivos de legitimidade e de cálculo político.⁵⁶ Cortes domesticadas continuam sendo cortes. Carregam, assim, um papel simbólico tanto no ambiente interno quanto no internacional.⁵⁷ Além disso, uma corte domesticada pode servir ao autocrata durante uma eventual derrota, dificultando o processo de reestabelecimento da democracia ou de aplicação de justiça de transição.

⁵⁰ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *UC Davis Law Review*, v. 47, p. 189-260, 2013; SCHEPPELE, Kim L. Autocratic Legalism. *University of Chicago Law Review*, v. 85, iss. 2, p. 545-583, 2018; DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy**. New York: Oxford University Press, 2021; ROZNAI, Yaniv; COHEN, Amichai. Populist Constitutionalism and the Judicial Overhaul in Israel. *Israel Law Review*, v. 56, p. 502–520, 2023.

⁵¹ SOBREIRA; COUTINHO, op. cit., p. 4.

⁵² Andrew Arato utilizou, de passagem, a expressão “domestication of the apex courts”. Apesar comumente usadas como sinônimas, *taming* se refere ao processo de habituar animais à presença – e eventualmente aos comandos – de um humano; enquanto *domestication* é o produto obtido do cruzamento entre espécies de animais ou plantas. Cf. ARATO, Andrew. Populism, Constitutional Courts, and Civil Society. In: LANDFRIED, Christine (ed.). **Judicial Power: How Constitutional Courts affect Political Transformations**. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2019, p. 318-341. p. 320.

⁵³ SOBREIRA; COUTINHO, op. cit., p. 4.

⁵⁴ GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why Do Countries Adopt Constitutional Review? *The Journal of Law, Economics, and Organization*, v. 30, iss. 3, p. 587-622, ago. 2014. p. 587.

⁵⁵ SWEENEY, Richard J. Constitutional conflicts in the European Union: Court packing in Poland versus the United States. *Economics and Business Review*, v. 4, n. 4, p. 3-29, 2018. p. 5.

⁵⁶ ARATO, Andrew. Populism, Constitutional Courts, and Civil Society. In: LANDFRIED, Christine (ed.). **Judicial Power: How Constitutional Courts affect Political Transformations**. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2019, p. 318-341. p. 332-3.

⁵⁷ URRIBARRI, Raul A. Sanchez. Courts between Democracy and Hybrid Authoritarianism: Evidence from the Venezuelan Supreme Court. *Law & Social Inquiry*, v. 36, iss. 4, p. 854–884, 2011. p. 857.

Por domesticação de uma corte – termo cunhado no artigo *Domesticando a Justiça*,⁵⁸ coescrito com Carlos Marden –, refiro-me às alterações feitas na composição e/ou nas capacidades de uma corte, de forma a submetê-la aos interesses de um agente ou grupo político. Por limitar a autonomia de uma corte, o processo de domesticação desequilibra a balança dos poderes e contribui para a corrosão dos índices democráticos de um país – como se pode extrair dos trabalhos promovidos por institutos como o V-Dem.⁵⁹

O processo de domesticação pode recair tanto sobre a dimensão subjetiva de um tribunal, expandindo ou reduzindo o número de seus membros, quanto sobre a dimensão objetiva, que representa a capacidade da instituição de desenvolver suas funções constitucionais.

A análise dos processos de domesticação de cortes pelo mundo faz com que três estratégias se destaquem, sejam de forma isolada, sejam em conjunto. Dessa forma, a domesticação pode acontecer por: i) expansão; ii) redução; e/ou iii) transformação. As duas primeiras afetam as cortes em sua dimensão subjetiva (composição), enquanto a última afeta sua dimensão objetiva (capacidades).

Isso não significa, entretanto, que qualquer alteração na composição ou nas capacidades de uma corte representa uma tentativa de domesticação. Uma avaliação contextual, “que transcenda a verificação formal do cumprimento dos requisitos”,⁶⁰ é essencial para verificar a constitucionalidade de medidas que busquem modificar um tribunal.

Além das bases filosóficas da democracia constitucional, que não se limitam ao procedimentalismo, esse exame se justifica na medida em que um sistema jurídico é desenhado para ser integrado. Modificações de tribunais podem, portanto, representar problemas policêntricos – tomando emprestada a lição de Lon Fuller. Problemas policêntricos são como uma teia de aranha:

Um puxão em uma das vertentes distribuirá tensões, após um padrão complicado, por toda a teia como um todo. Dobrar o puxão original, muito provavelmente, não simplesmente dobrará cada uma das tensões resultantes, mas criará, em vez disso, um padrão complicado diferente de tensões. Isso certamente ocorreria, por exemplo, se o puxão dobrado causasse o rompimento de uma ou mais das vertentes mais fracas. Esta

⁵⁸ SOBREIRA, David; COUTINHO, Carlos Marden Cabral. *Domesticando a Justiça*. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 10, n. 2, e242, maio/ago. 2023. p. 4.

⁵⁹ OUR WORLD IN DATA. *Judicial constraints on the executive index, 2022*. **V-Dem** (2023). Disponível em: <https://ourworldindata.org/grapher/judicial-constraints-on-the-executive-index?country=~VEN>. Acesso em: 20 mar. 2024.

⁶⁰ SOBREIRA; COUTINHO, op. cit., p. 5.

é uma situação “policêntrica” porque é “muito centrada” - cada cruzamento de vertentes é um centro distinto para distribuir tensões.⁶¹

Assim como a teia de aranha, interferências na estrutura e na composição de tribunais podem trazer resultados imprevistos. Nesse contexto, a literatura alerta que a avaliação das medidas seja feita tanto individual quanto coletivamente, porque só assim é possível uma visão holística dos efeitos que elas podem trazer.⁶²

Essa precaução, no entanto, não é suficiente para resguardar as cortes. Isso, porque o incrementalismo – “um elemento central no processo de erosão democrática”⁶³ – nem sempre é notado e, quando é, pode ser difícil de enfrentar. Como ensinam Roznai, Dixon e Landau, ao ser implementada por meio de pequenos passos – o que não significa necessariamente um processo lento⁶⁴ –, a erosão democrática nem sempre é vista como “um ataque frontal aos princípios básicos da democracia liberal”..⁶⁵

Dessa forma, “[c]omo o apócrifo sapo colocado em água fervente lentamente, uma sociedade democrática em meio à regressão pode não perceber sua situação até que as coisas já estejam além de qualquer correção”.⁶⁶ O trabalho da oposição democrática pode ser complicado em situações como essa. Primeiro, porque não há um evento grande o suficiente para catalisar esforços da sociedade contra as medidas. Segundo, porque os alertas são vistos como “históricos” e “paranoicos”.⁶⁷

Outra forma de identificar intenções não republicanas em relações às cortes é analisar o que dizem os agentes políticos que pretendem modificá-las. Alguns desses agentes só deixam claros seus objetivos depois de consolidados no poder, como aconteceu com o discurso da

⁶¹ No original: “A pull on one strand will distribute tensions after a complicated pattern throughout the web as a whole. Doubling the original pull will, in all likelihood, not simply double each of the resulting tensions but will rather create a different complicated pattern of tensions. This would certainly occur, for example, if the doubled pull caused one or more of the weaker strands to snap. This is a “polycentric” situation because it is “many centered” - each crossing of strands is a distinct center for distributing tensions”. FULLER, Lon L. *The Forms and Limits of Adjudication*. **Harvard Law Review**, v. 92, p. 353-409, 1978. p. 395.

⁶² SADURSKI, Wojciech. **Poland’s Constitutional Breakdown**. New York: Oxford University Press, 2019. p. 5-6; ROZNAI, Yaniv; DIXON, Rosalind; LANDAU, David E. *Judicial Reform or Abusive Constitutionalism in Israel*. **Israel Law Review**, v. 56, 292–304, 2023. p. 298-9.

⁶³ N original: “a central element in the process of democratic erosion”. ROZNAI, Yaniv; COHEN, Amichai. *Populist Constitutionalism and the Judicial Overhaul in Israel*. **Israel Law Review**, v. 56, p. 502–520, 2023. p. 298.

⁶⁴ SADURSKI, op. cit., p. 5-6; ROZNAI; DIXON; LANDAU, op cit., p. 5-6.

⁶⁵ No original: “a frontal assault on the basic principles of liberal democracy”. ROZNAI; DIXON; LANDAU, op. cit., p. 298.

⁶⁶ No original: “[I]like the apocryphal frog placed in slowly boiling water, a democratic society in the midst of retrogression may not realize its predicament until matters are already beyond redress”. HUQ, Aziz; GINSBURG, Tom. *How to Lose a Constitutional Democracy*. **UCLA Law Review**, v. 65, p. 78-169, 2018.

⁶⁷ SADURSKI, op. cit., p. 6.

“democracia iliberal” de Viktor Orbán, na Romênia, em julho de 2014, quatro anos após se tornar primeiro-ministro da Hungria pela segunda vez.

Naquela oportunidade, Orbán celebrava a segunda vitória consecutiva de seu partido nas eleições. No decorrer de sua fala, destacou elementos que se repetem em discursos populistas iliberais, como a ênfase na coletividade em detrimento dos indivíduos. Para ele, a “[h]ungarian nation is not a simple sum of individuals, but a community that needs to be organized, strengthened and developed, and in this sense, the new state that we are building is an illiberal state”.⁶⁸

Curiosamente, outros políticos são mais abertos em suas intenções, caso do líder do Partido Lei e Justiça (*Prawo i Sprawiedliwość* - PiS) da Polônia, Jarosław Kaczyński, chefe de fato do governo no país. Ainda em 2011, quatro anos antes de seu partido chegar ao poder, Kaczyński anunciou que “[v]irá o dia em que haverá Budapeste em Varsóvia”,⁶⁹ referindo-se ao projeto iliberal que Orbán estava colocando em prática na Hungria.

Há, ainda, um terceiro grupo. Neste estão os políticos que tentam dissimular suas intenções. Benjamin Netanyahu é um exemplo disso. Ao anunciar seu projeto de reformar o Judiciário de Israel, Netanyahu tentou dar legitimidade à medida alegando que a revolução constitucional de 1990 representava “uma rachadura na democracia israelense, que deve ser corrigida”.⁷⁰

O contexto político, oculto por Netanyahu, mas bem conhecido pela sociedade israelense, explica o propósito dos ataques ao Judiciário: o primeiro-ministro está sendo julgado na Corte Distrital de Jerusalém por corrupção e fraude, além de contar com uma coalizão de partidos religiosos que buscam implementar mudanças iliberais e discriminatórias no país.⁷¹

Diante dessas informações, um analista pode verificar se as alterações propostas – ou em andamento – sobre a estrutura de determinado tribunal caracterizam ou não um processo de domesticação. A avaliação, contudo, requer instrumentos metodológicos adequados, algo que o

⁶⁸ No original: “[h]ungarian nation is not a simple sum of individuals, but a community that needs to be organized, strengthened and developed, and in this sense, the new state that we are building is an illiberal state”. TÓTH, Csaba. Full text of Viktor Orbán’s speech at Băile Tuşnad (Tusnádfürdő) of 26 July 2014. **The Budapest Beacon**, 29 jul. 2014. Disponível em: <https://budapestbeacon.com/full-text-of-viktor-orbans-speech-at-baile-tusnad-tusnadfurdo-of-26-july-2014/>. Acesso em: 14 mar. 2024.

⁶⁹ No original: “Przyjdzie dzień, że w Warszawie będzie Budapeszt”. “PRZYJDZIE dzień, że w Warszawie będzie Budapeszt”. **TNV24**, 9 out. 2011. Disponível em: <https://tvn24.pl/polska/przyjdzie-dzien-ze-w-warszawie-bedzie-budapeszt-ra186922-ls3535336>. Acesso em: 14 mar. 2024.

⁷⁰ No original: “a crack in Israeli democracy, which must be corrected”. ROZNAI, Yaniv. Israel: A Crisis of Liberal Democracy? In: GRABER, Mark A.; LEEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). **Constitutional Democracy in Crisis?** New York: Oxford University Press, 2018, p. 355-375. p. 370.

⁷¹ SOBREIRA, David. Como os Tribunais morrem: o caso de Israel (entrevista: Yaniv Roznai). **JOTA**, 24 mar. 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/como-os-tribunais-morrem-o-caso-de-israel-24032023>. Acesso em: 14 mar. 2024.

presente trabalho busca aperfeiçoar. Diferentemente, porém, da tipologia proposta em *Domesticando a Justiça*,⁷² aqui, a domesticação ocorre de três formas – não de quatro.

2.2.1 Expansão

Uma das formas mais conhecidas pelas quais uma corte pode ser domesticada é o *court-packing*. Cunhada na década de 1930, nos Estados Unidos, a expressão *court-packing* foi usada para se referir a uma tentativa de expansão da Suprema Corte americana pelo então presidente Franklin Delano Roosevelt.

Tentando enfrentar os efeitos da Grande Depressão de 1929, Roosevelt apresentou à nação o *New Deal*, um ousado plano econômico que colocava o Estado como central ao processo de retomada de crescimento do país.

Contudo, a jurisprudência da Suprema Corte naquele momento estava orientada pelo que Matthew L. Lindsay chamou de *constitucionalismo laissez-faire*, marcado por decisões que impunham rigorosos limites às tentativas do Estado de implementar garantias e direitos trabalhistas. Conhecido como Era Lochner, esse período de 40 anos começou com o julgamento de *Allgeyer v. Louisiana*,⁷³ em 1897, e só viria a terminar em 1937, com o julgamento de *West Coast Hotel Co. v. Parrish*.⁷⁴

Nesse contexto, a Suprema Corte desenvolveu uma leitura expansiva do devido processo substantivo. Dessa forma, a cláusula de devido processo da 14ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos, que estabelecia que nenhum estado poderia privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo, foi considerada pela Corte como abrangendo também a liberdade econômica.

O resultado disso foi a declaração de inconstitucionalidade de mais de uma centena de leis estaduais.⁷⁵ Segundo Mary Dudziak, a Suprema Corte “tinha desempenhado um papel judicialmente ativista, mas politicamente conservador”,⁷⁶ impedindo que o Parlamento desempenhasse seu papel político natural.⁷⁷

⁷² SOBREIRA, David; COUTINHO, Carlos Marden Cabral. Domesticando a Justiça. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 10, n. 2, e242, maio/ago. 2023.

⁷³ *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897).

⁷⁴ *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937).

⁷⁵ EMANUEL, Steven L. **Emanuel Law Outlines: Constitutional Law**. Boston: Aspen Publishers, 2010. p. 172.

⁷⁶ No original: “had played a judicially activist but politically conservative role”. DUDZIAK, Mary L. The Politics of “The Least Dangerous Branch”: The Court, the Constitution, and Constitutional Politics Since 1945. In: AGNEW, Jean-Christophe; ROSENZWEIG, Roy (ed.). **A Companion to Post-1945 America**. Malden: Wiley-Blackwell, 2006, p. 385-405. p. 386.

⁷⁷ SOBREIRA; COUTINHO, op. cit.

Em 1937, após reiteradas batalhas com a Suprema Corte, Roosevelt, que havia sido reeleito com uma vitória expressiva no ano anterior, colocou em prática seu plano to pack the Court – algo que sequer havia sido mencionado durante o período eleitoral.⁷⁸ Com uma sólida maioria no Congresso, Roosevelt então anunciou sua intenção de reformar a Suprema Corte. A proposta daria a “o poder de nomear um novo juiz para cada juiz com mais de setenta e cinco anos”,⁷⁹ o que, naquele contexto, garantiria seis novas indicações, fazendo que a Corte saísse de 9 para 15 membros.

A última alteração na composição da Suprema Corte datava de 1869, “tempo suficiente para que muitas pessoas a considerassem estabelecida pelos Fundadores”.⁸⁰ Isso, somado à ascensão do fascismo na Itália e a na Alemanha, contribuiu para que parcela da população desenvolvesse ainda mais afeição à independência judicial.⁸¹ Como consequência, a proposta de Roosevelt foi recebida com hostilidade, inclusive pela própria Corte.

O plano do court-packing viria a ser enterrado em julho de 1937, com a morte do senador Robinson, encarregado de estabelecer os acordos necessários à aprovação da proposta. Sem poder antecipar o evento, a Corte promoveu uma guinada em sua jurisprudência poucos meses antes, em março daquele ano. Ao julgar *West Coast Hotel Co. v. Parrish*,⁸² a Corte reconheceu a constitucionalidade de uma lei do estado de Washington que estabelecia um salário mínimo para mulheres. Essa mudança na posição da Corte – que ficou conhecida como “a mudança em tempo que salvou os nove” (*the switch in time that saved nine*) – deveu-se ao Justice Owen Roberts. Costumeiramente um voto ligado à maioria conservadora, passou a julgar com a ala liberal da Corte.⁸³

Depois desse evento, a expressão – e a prática do – court-packing ganhou o mundo. Só neste século, o *court-packing* de Cortes Supremas/Constitucionais pôde ser verificado em

⁷⁸ NELSON, Michael. The President and the Court: Reinterpreting the Court-packing Episode of 1937. **Political Science Quarterly**, v. 103, n. 2 p. 267-293, 1988. p. 277.

⁷⁹ No original: “the power to appoint a new justice for every justice over the age of seventy- five”. TUSHNET, Mark (ed.). **I dissent: Great Opposint Opinions in Landmark Supreme Court Cases**. Boston: Beacon Press, 2008. p. 103.

⁸⁰ No original: “long enough for many people to regardi t as set by the Framers”. NELSON, op. cit., p. 276.

⁸¹ *Ibid.*, p. 276.

⁸² **West Coast Hotel Co. v. Parrish**, 300 U.S. 379 (1937).

⁸³ HO, Daniel E.; QUINN, Kevin M. Did a Switch in Time Save Nine? **Journal of Legal Analysis**, v. 2, n. 1, p. 69–113, 2010.

países como: Venezuela,⁸⁴ Hungria⁸⁵ e Turquia,⁸⁶ além de discussões sobre seu uso nos Estados Unidos⁸⁷ e no Brasil,⁸⁸ para citar apenas alguns.

Entretanto, há na literatura quem sustente a possibilidade do *court-packing* ser utilizado com propósitos democráticos. Rivka Weill,⁸⁹ Thomas Keck⁹⁰ e Tom Gerald Daly⁹¹ são alguns dos que defendem essa tese. A experiência empírica, por outro lado, tem demonstrado como a expressão *court-packing* se tornou quase um sinônimo de manobras ilegítimas⁹² tomadas com o objetivo de domesticar tribunais.

Na contramão do que propõem Weill, Keck e Daly, entendo que o *court-packing* é uma medida inconstitucional, como tento demonstrar no Capítulo 4, onde apresento um framework para um uso adequado de reformas em Cortes Supremas/Constitucionais, ou seja, uma forma alertar a composição ou o funcionamento de cortes sem que isso resulte em uma domesticação.

2.2.2 Redução

Na contramão da expansão pretendida pelo *court-packing*, a estratégia da redução busca remover juízes de uma corte. O principal motivo que leva a adoção desse tipo de expediente é fato de que, por vezes, alguns juízes representam a última trincheira contra a implementação de projetos iliberais por governantes autoritários.

⁸⁴ TAYLOR, Matthew M. The Limits of Judicial Independence: A Model with Illustration from Venezuela under Chávez. **Journal of Latin American Studies**, v. 46, iss. 2, p 229 – 259, maio 2014. p. 253.

⁸⁵ BUGARIC, Bojan. Protecting Democracy and the Rule of Law in the European Union: The Hungarian Challenge. **LEQS**, n. 79, July 2014.

⁸⁶ DALY, Tom Gerald. ‘Good’ Court-Packing? The Paradoxes of Democratic Restoration in Contexts of Democratic Decay. **German Law Journal**, vol. 23, n. 8, p. 1071–1103, 2022. p. 1083.

⁸⁷ WEILL, Rivka. Court packing as an antidote. **Cardozo Law Review**, v. 42, iss. 7, p. 2705-2761, 2021; KECK, Thomas M. Court-Packing and Democratic Erosion. *In: Lieberman, Robert C.; METTLER, Suzanne; ROBERTS, Kenneth M. (ed.). **Democratic Resilience: Can the United States Withstand Rising Polarization?** New York: Cambridge University Press, 2022, 141-168.*

⁸⁸ CASAGRANDE, Cássio. Bolsonaro e o ‘plano de empacotamento’ do STF. **JOTA**, 10 out. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/bolsonaro-e-o-plano-de-empacotamento-do-stf-10102022>. Acesso em: 21 mar. 2024; BOLSONARO COGITA ampliar número de ministros no Supremo caso seja reeleito. **Correio Brasiliense**, 08 out. 2022. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2022/10/5042935-bolsonaro-cogita-ampliar-numero-de-ministros-no-supremo-caso-seja-reeleito.html>. Acesso em: 21 mar. 2024.

⁸⁹ WEILL, Rivka. Court packing as an antidote. **Cardozo Law Review**, v. 42, iss. 7, p. 2705-2761, 2021 p. 2709.

⁹⁰ KECK, Thomas M. Court-Packing and Democratic Erosion. *In: Lieberman, Robert C.; METTLER, Suzanne; ROBERTS, Kenneth M. (ed.). **Democratic Resilience: Can the United States Withstand Rising Polarization?** New York: Cambridge University Press, 2022, 141-168. p. 143.*

⁹¹ DALY, Tom Gerald. ‘Good’ Court-Packing? The Paradoxes of Democratic Restoration in Contexts of Democratic Decay. **German Law Journal**, vol. 23, n. 8, p. 1071–1103, 2022. p. 1082-3.

⁹² SIEGEL, Neil S. The Trouble with Court-Packing. **Duke Law Journal**, v. 72, p. 71-159, 2022; KOSAŘ, David; ŠIPULOVÁ, Katarína. How to Fight Court-Packing? **Constitutional Studies**, v. 6, n. 1, p. 133-163, 2020.

A proposta aqui adotada, portanto, é diferente daquela de David Kosař e Katarína Šipulová, segundo os quais o *court-packing* não é apenas um processo de expansão de uma corte, mas “uma mudança irregular intencional na composição da corte existente, em termos quantitativos e qualitativos, que cria uma nova maioria na corte ou restringe a antiga”.⁹³

Estratégias desse tipo se materializam de diversas formas. Uma delas é a redução da idade de aposentadoria dos servidores públicos em geral, ou dos magistrados em particular. Isso aconteceu na Hungria, quando o governo do primeiro-ministro Viktor Orbán reduziu de 70 para 62 anos a idade de aposentadoria de juízes – medida que acabou sendo invalidada pela Corte Constitucional.⁹⁴ Algo parecido também foi observado na Polônia,⁹⁵ sob o PiS, e discutido no Brasil, durante o governo Bolsonaro.⁹⁶

Uma corte também pode ter sua composição reduzida por meio de perseguições políticas, impeachments fraudulentos ou por meio de remoções abusivas. Na Argentina, por exemplo, o impeachment de juízes da Suprema Corte se tornou ferramenta política ordinária desde Juan Perón, no fim da década de 1940, até o início do século XXI.⁹⁷ O impeachment, no caso, serve não apenas como medida efetiva de remoção de um juiz, mas também como instrumento de pressão política para que os membros de uma corte deixem seus cargos. Eventos semelhantes foram vistos na Venezuela, sob Hugo Chávez⁹⁸ e em El Salvador, no governo de Nayib Bukele, neste último caso, contudo, a prática adotou uma roupagem diferente.⁹⁹

Diante da crescente sofisticação de autocratas e populistas autoritários em promover seus projetos de poder, é difícil estabelecer todas as formas pelas quais uma corte pode sofrer redução em seu número de membros, mas o *framework* aqui proposto apresenta diretrizes objetivas o suficiente para a análise de cada caso. Seja por uma redução permanente da vaga,

⁹³ No original: “an intentional irregular change in the composition of the existing court, in quantitative as well as qualitative terms, that creates a new majority at the court or restricts the old one”. KOSAŘ, David; ŠIPULOVÁ, Katarína. How to Fight Court-Packing? *Constitutional Studies*, v. 6, n. 1, p. 133-163, 2020. p. 135.

⁹⁴ SCHEPPELE, Kim L. Constitutional Revenge. *Verfassungsblog*, 03 mar. 2013. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/constitutional-revenge/>. Acesso em: 26 out. 2022.

⁹⁵ SADURSKI, Wojciech. Constitutional Crisis in Poland. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). *Constitutional Democracy in Crisis?* New York: Oxford University Press, 2018, p. 257-275.

⁹⁶ PIANARO, Rick Daniel. É preciso estar atento e forte: Supremo e a ‘PEC do Pijama’. *JOTA*, 10 jun. 2020. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/e-preciso-estar-atento-e-forte-supremo-e-a-pec-do-pijama-10062020#_ednref5. Acesso em: 20 mar. 2024.

⁹⁷ HELMCKE, Gretchen. *Courts under Constraints: Judges, Generals, and Presidents in Argentina*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 15.

⁹⁸ TAYLOR, Matthew M. The Limits of Judicial Independence: A Model with Illustration from Venezuela under Chávez. *Journal of Latin American Studies*, v. 46, iss. 2, p. 229 – 259, maio 2014. p. 254; URRIBARRI, Raul A. Sanchez. Courts between Democracy and Hybrid Authoritarianism: Evidence from the Venezuelan Supreme Court. *Law & Social Inquiry*, v. 36, iss. 4, p. 854–884, 2011. p. 872.

⁹⁹ GRAUTE, Lukas. A Second Term for “the World’s coolest Dictator”? *Verfassungsblog*, 13 nov. 2023. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/a-second-term-for-the-worlds-coolest-dictator/>. Acesso em: 21 mar. 2024.

seja pela vacância e sucessiva indicação de um novo membro, a sombra da domesticação estará presente.

2.2.3 Transformação

Ao recair sobre a dimensão objetiva da corte, a transformação afeta suas capacidades de exercer o papel constitucional que lhe foi atribuído. Transformações podem atingir a composição da corte (dimensão objetiva), mas apenas indiretamente. É o que acontece, por exemplo, quando se alteram as regras de indicação de juízes para a corte. Além disso, assim com a redução, uma marca da transformação é a variedade de formas pelas quais ela pode ser alcançada.

Orçamento, atribuições, formas de indicação de juízes e até mesmo a extensão da autoridade da corte são elementos necessários para que uma corte desempenhe suas funções constitucionais de maneira adequada. Isso não quer dizer que alterações sobre esses atributos não possam ser feitas. Uma sociedade pode, legitimamente, por exemplo, alterar as competências de sua Corte Constitucional, ou mesmo restringir o acesso a ela. Esse tipo de reforma, contudo, não pode afetar o poder da corte de exercer sua função de freio aos demais Poderes, parte do que Rosalind Dixon e David Landau chamam de “núcleo essencial da democracia” (*democratic minimum core*).¹⁰⁰

Alguns casos ilustram como transformação se concretiza. Na Índia, por exemplo, em 1971, quatro anos após a Suprema Corte reivindicar o poder de invalidar emendas constitucionais contrárias aos direitos fundamentais, Indira Ghandi, então primeira-ministra da Índia, apoiada por uma supermaioria no Parlamento (352 de 518 assentos), promoveu alterações constitucionais para impedir que a Corte pudesse exercer *judicial review* sobre determinadas matérias. A Corte respondeu com a criação da doutrina da estrutura básica, reafirmando sua autoridade e estabelecendo uma fórmula – vaga – para o exercício desse poder.¹⁰¹

Já na Venezuela, Chávez se valeu de uma Assembleia Constituinte – de legitimidade bastante duvidosa – para suspender a inamovibilidade e estabilidade de juízes.¹⁰² Antes mesmo

¹⁰⁰ DIXON, Rosalind; LANDAU, David. Competitive democracy and the constitutional minimum core. In: GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz (ed.). **Assessing Constitutional Performance**. New York: Cambridge, 2016, p. 268-292, p. 277-8.

¹⁰¹ ACKERMAN, Bruce. **Revolutionary Constitutions: Charismatic Leadership and the Rule of Law**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019. p. 67.

¹⁰² DIAS, Roberto; TEDESCO, Thomaz Fiterman. Erosão democrática e a corte interamericana de direitos humanos: o caso venezuelano. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 2. p.195-224, 2021. p. 211.

de considerar os efeitos da medida, é possível notar que esse tipo de garantia é essencial ao desempenho das funções da magistratura. Sua suspensão, por si só, já representa um problema.

Na Polônia, por sua vez, o PiS, sob liderança de Kaczyński, aprovou uma lei – posteriormente invalidada pela Corte Constitucional – que limitou o exercício do controle abstrato realizado pela Corte Constitucional, aumentando o quórum mínimo de juízes presentes para deliberar sobre a constitucionalidade de dispositivos. Na prática, diante da composição deficitária da Corte, a legislação a impediria agir.¹⁰³

Mais recentemente, em Israel, o governo do primeiro-ministro Benjamin Netanyahu aprovou uma emenda à Lei Fundamental que limitava a autoridade da Suprema Corte do país. De acordo com o texto do novo dispositivo, a Corte não poderia, em suas deliberações, avaliar a razoabilidade de atos de vários agentes políticos. Isso daria ao governo amplo espaço para aparelhar instituições e promover uma agenda iliberal.¹⁰⁴

A história desses países demonstra os riscos de reformas transformadoras. É necessário, portanto, que os agentes democráticos estejam alertas para alterações dessa natureza e as submetam a escrutínios rigorosos.

★ ★ ★

Assim como democracias se espalharam pelo mundo, autocracias têm feito o mesmo. Esses casos de ataques a cortes, além de demonstrar como o manual de subversão de democracias funciona, é um alarme para que sociedades direcionem esforços para preservar essas instituições. Afinal, como apontou Timothy Snyder, instituições precisam da nossa ajuda para desenvolver suas funções de forma adequada. Portanto, “[n]ão fale de ‘nossas instituições’ a menos que as faça suas, agindo em nome delas. As instituições não se protegem sozinhas. Elas caem uma após a outra, a menos que cada uma seja defendida desde o início”.¹⁰⁵

Diante dessa lição, surge uma pergunta: qual é a melhor forma de salvaguardar uma Corte? A história moderna nos apresenta diversos exemplos de como democracias sucumbiram, persistiram e eventualmente se reergueram depois de que suas cortes foram atacadas. Por isso, entendo que o primeiro passo para responder essa pergunta passa pela avaliação de como isso aconteceu e como vem acontecendo pelo mundo.

¹⁰³ GARLICKI, Lech. Constitutional Courts and Politics: The Polish Crisis. *In*: LANDFRIED, Christine (ed.). **Judicial Power: How Constitutional Courts affect Political Transformations**. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2019, p. 141-162. p. 147-8.

¹⁰⁴ KREMNIETZER, Mordechai. Releasing the Government from Acting Reasonably; or, the Government Says Goodbye to Reasonableness. **Israel Law Review**, v. 56, p. 343–354, 2023. p. 344.

¹⁰⁵ No original: “[d]o not speak of ‘our institutions’ unless you make them yours by acting on their behalf. Institutions do not protect themselves. They fall one after the other unless each is defended from the beginning”. SNYDER, Timothy. **On Tyranny: Twenty Lessons from the Twentieth Century**. London: The Bodley Head, 2017. p. 22.

3 COMO AS CORTES MORRTEM: UMA ANÁLISE COMPARADA

“Hoje, o mundo constitucional parece diferente. O projeto do constitucionalismo está sob pressão populista em muitos países que até recentemente aspiravam alcançá-lo. As Cortes Constitucionais estão entre as primeiras vítimas dessa reviravolta.”

Dieter Grimm

Entre os usos que podem ser dados à prática constitucional comparada, um deles é a forma de descobrir como diferentes sistemas jurídicos enfrentam determinados problemas. Na atualidade, os ataques a Cortes Supremas/Constitucionais têm sido uma dessas questões que podem ser observadas em diferentes lugares e que tomam as mais variadas formas.

Comparar diferentes sistemas, entretanto, exige que eles compartilhem traços comuns. Isso, porque os objetos comparados precisam ser submetidos a parâmetros comuns, sem o uso de regras *ad hoc*. Nesse sentido, além de terem passado por processos de domesticação no século XXI, países como Venezuela, Turquia, Hungria, Polônia, El Salvador e Israel partilhavam¹⁰⁶ de valores inerentes à democracia liberal – alguns em maior medida que os demais. Isso significa que esses sistemas buscavam implementar ideais como o Estado de Direito, direitos políticos e sistemas de freios e contrapesos. O processo de erosão democrática, entretanto, fez com que esses países migrassem de um regime mais democrático para outro menos democrático.

Para avaliar e classificar cada um desses países, utilizarei¹⁰⁷ a tipologia, a metodologia e os índices desenvolvidos pelo V-Dem Institute. Segundo seus pesquisadores, os regimes do mundo atualmente se dividem em quatro: autocracias fechadas, autocracias eleitorais, democracias eleitorais e democracias liberais. Como explicam Anna Lührmann, Marcus Tannenberg e Staffan I. Lindberg, em autocracias fechadas o líder do Poder Executivo não se submete a eleições ou essas não trazem reais chances de competição para adversários; nas autocracias eleitorais eleições multipartidárias continuam a ocorrer – como uma forma de legitimar o sistema –, mas elas não seguem parâmetros democráticos, sendo frequentes a ocorrência de irregularidades e outras violações a requisitos institucionais de democracias; no

¹⁰⁶ Apesar de ainda sob risco, Israel continua classificada no espectro das democracias.

¹⁰⁷ O V-Dem Institute é apenas uma das grandes organizações que avaliam globalmente as democracias do mundo. Junto a ele podem ser citados a Freedom House e o The Economist. Apesar da seriedade e amplitude do trabalho desenvolvido por essas organizações, a avaliação da qualidade das democracias no mundo esbarra em questões fáticas e metodológicas. Dessa forma, apesar de serem alguns dos parâmetros mais respeitados pela literatura especializada, seus dados não podem ser tomados como uma leitura absoluta da realidade.

espectro democrático, as democracias eleitorais conseguem promover eleições multipartidárias livres e justas, além de garantir liberdade de sufrágio, associação e liberdade de expressão; por fim, são caracterizadas como democracias liberais aqueles regimes que, além de cumprir com os requisitos de uma democracia eleitoral, demonstram efetivos controles legislativos e judiciais sobre o Executivo, bem como a proteção de liberdades individuais e do Estado de Direito.¹⁰⁸

O projeto *Regimes of the World (RoW)*, parte do *V-Dem Institute*, realizou um estudo avaliando os regimes políticos do mundo a partir de 1900, o que pode ser observado de forma dinâmica utilizando ferramentas disponíveis no *Our World in Data*.¹⁰⁹

O índice do V-Dem avalia os regimes atribuindo-os notas entre 0 (autocracias fechadas) e 1 (democracias liberais). Até a ascensão do chavismo, por exemplo, a Venezuela passou por processo de fortalecimento de sua democracia entre o fim da década de 1950 e a década de 1990. Caracterizado como uma democracia eleitoral pelo menos desde a década de 1970, a Venezuela chegou a atingir o índice de 0.63. Na Turquia, de modo semelhante, é possível notar, entre a década de 1990 e a primeira década do século XXI, um processo de fortalecimento do regime democrático. O país manteve o status de democracia eleitoral entre 1999 e 2008, quando o regime começou a migrar para o grupo das autocracias eleitorais. Pouco tempo depois, a Hungria sofreu um processo de erosão democrática. Antes uma democracia liberal com um índice de 0.77, o país viu seu regime se tornar uma autocracia eleitoral. Seguiu-se o caso da Polônia, que viu seu índice de 0.82 (democracia liberal) ser reduzido para 0.42. El Salvador também entra na lista de países em recessão democrática. O país viu seu modesto índice de 0.44 despencar para 0.15. Por fim, o caso de Israel. Segundo o relatório de 2024 do V-Dem, pela primeira vez em 50 anos o país perdeu seu lugar entre as democracias liberais.^{110 111}

É possível notar uma prática em comum no processo de deterioração democrática desses países: a domesticação de suas cortes. Pelo menos em quatro desses países – Hungria, Polônia, El Salvador e Israel –, a domesticação de Cortes Supremas/Constitucionais pode ser vista como ferramenta de subversão da democracia. Nos outros dois casos – Venezuela e Turquia – a

¹⁰⁸ LÜHRMANN, Anna; TANNENBERG, Marcusand; LINDBERG Staffan I. *Regimes of the World (RoW): Opening New Avenues for the Comparative Study of Political Regimes. Politics and Governance*, v. 6, iss. 1, p. 60–77, 2018. p. 61.

¹⁰⁹ OUR WORLD IN DATA. Liberal democracy index, 2022. *V-Dem* (2023). Disponível em: <https://ourworldindata.org/explorers/democracy?time=latest&country=~TUR&Dataset=Varieties+of+Democracy&Metric=Liberal+democracy&Sub-metric=Main+index+test>. Acesso em: 20 mar. 2024.

¹¹⁰ NORD, Marina et al. *Democracy Report 2024: Democracy Winning and Losing at the Ballot*. University of Gothenburg: V-Dem Institute, 2024. p. 60.

¹¹¹ Essa classificação foi contestada pelo professor Yaniv Roznai – assim como por outros acadêmicos israelenses –, que consideram a ampla mobilização popular e a decisão de 2024 da Suprema Corte como essenciais à avaliação do caráter democrático de Israel.

domesticação parece ter sido parte da consolidação do novo regime. O que nos leva a uma conclusão: apesar de sua essencial importância para o sistema constitucional, CCortes Supremas/Constitucionais nem sempre conseguem pôr freios a projetos autoritários.

Essas inferências decorrem de uma leitura conjunta de dois índices elaborados pelo V-Dem Institute. O primeiro deles é o *Liberal democracy index*¹¹² – utilizado anteriormente na verificação dos índices de qualidade das democracias de cada país –, o segundo é o *Judicial constraints on the executive index*, que avalia em que medida o Poder Executivo se submete às decisões de cortes independentes.¹¹³

É possível notar, na análise de todos os seis países, uma relação de causalidade entre o decréscimo no *Judicial constraints on the executive index* e a consequente queda no *Liberal democracy index*. Isso não é surpresa, uma vez que o primeiro está contido no segundo. Entretanto, a avaliação detalhada de cada caso de domesticação é capaz de apresentar elementos relevantes, como acontece com a Venezuela e a Turquia. Nesses dois países, apesar de ser um dos principais fatores de corrosão da democracia, a domesticação de cortes não foi um elemento essencial ao estabelecimento de um novo regime, mas talvez tenha sido para a consolidação de um.

Portanto, a escolha de tratar dos referidos países se justifica à medida que: compartilham – ou compartilhavam – de valores morais cosmopolitas da democracia liberal; pertenciam ao gradiente do espectro democrático; sofreram um processo de erosão constitucional; e a domesticação de cortes, em uma ou mais de suas formas, foi verificada em cada um dos casos.

A análise comparativa têm dois objetivos. Primeiro, verificar a integridade do conceito e da tipologia proposta neste trabalho. Em segundo lugar, ampliar o estudo iniciado anteriormente,¹¹⁴ expandindo o número de casos e aperfeiçoando seus aspectos teóricos e metodológicos.

Por fim, repetindo o que fiz em *Domesticando a Justiça*,¹¹⁵ parto da hipótese – que também parece ser a de Raul Urribarri¹¹⁶ – de que a domesticação de cortes passa a ser uma

¹¹² OUR WORLD IN DATA. Liberal democracy index, 2022. **V-Dem** (2023). Disponível em: <https://ourworldindata.org/explorers/democracy?time=latest&country=~TUR&Dataset=Varieties+of+Democracy&Metric=Liberal+democracy&Sub-metric=Main+index+test>. Acesso em: 20 mar. 2024.

¹¹³ OUR WORLD IN DATA. Judicial constraints on the executive index, 2022. **V-Dem** (2023). Disponível em: <https://ourworldindata.org/grapher/judicial-constraints-on-the-executive-index?country=~VEN>. Acesso em: 20 mar. 2024.

¹¹⁴ SOBREIRA, David; COUTINHO, Carlos Marden Cabral. Domesticando a Justiça. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 10, n. 2, e242, maio/ago. 2023.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 3.

¹¹⁶ URRIBARRI, Raul A. Sanchez. Courts between Democracy and Hybrid Authoritarianism: Evidence from the Venezuelan Supreme Court. **Law & Social Inquiry**, v. 36, iss. 4, p. 854–884, 2011. p. 871-3.

opção quando autocratas e autocratas em potencial têm seus planos obstados pelo exercício constitucional do sistema de freios e contrapesos por Cortes Supremas/Constitucionais.

3.1 Supremo, *pero no mucho*: a Corte mais alta da Venezuela sob Chávez

Em 1989, Carlos Andrés Pérez venceu a eleição presidencial, o que o faz se valendo de uma plataforma antineoliberal. No cargo, entretanto, ele se afastou de suas promessas e promoveu medidas econômicas austeras e impopulares. A nova – e inesperada – plataforma levou a protestos em massa pelo país, levando Pérez a declarar um estado de emergência e enviar o exército às ruas. O confronto entre civis e militares, que ficou conhecido como *El Caracazo*, resultou na morte de mais de 250 pessoas.¹¹⁷

O evento levou Hugo Chávez – então oficial militar de carreira e responsável por fundar o Movimento Bolivariano Revolucionário-200 –, a planejar um golpe de estado contra o governo Pérez. O plano foi colocado em prática em fevereiro de 1992. Sem sucesso, entretanto, Chávez se rendeu. Em uma tentativa de conter os insurgentes, o governo Pérez decidiu colocar Chávez em rede nacional para que ele pedisse aos seus companheiros que cessassem a violência e se entregassem.¹¹⁸

Uma vez em frente às câmeras, Chávez assumiu completa responsabilidade por aquilo que chamou de “movimento militar” e reforçou seu pouco apreço pelas regras do sistema democrático ao afirmar que: “[...] infelizmente, **por agora**, os objetivos que estabelecemos na capital não foram alcançados”.¹¹⁹

Um ano mais tarde, Pérez, cujo governo estava fragilizado após a tentativa do golpe e em decorrência da insatisfação popular, foi alvo de um processo de impeachment.¹²⁰ Após sua remoção, a presidência foi ocupada por dois políticos, até que 1993 Rafael Caldera, que já havia sido presidente (1969-1974), foi eleito para seu segundo mandato que começaria em 1994.

Caldera havia se aproveitado da tentativa de golpe de Chávez para se gabaritar novamente à corrida presidencial.¹²¹ Diante disso, Chávez, então na prisão, além de ver sua

¹¹⁷ GIBBS, Terry. Business as unusual: what the Chávez era tells us about democracy under globalisation. **Third World Quarterly**, v. 27, n. 2, p. 265-279, 2006. p. 270.

¹¹⁸ MARCANO, Christina; TYSZKA, Alberto Barrera. **Hugo Chávez: The Definitive Biography of Venezuela's Controversial President**. New York: Random House, 2007. p. 74.

¹¹⁹ No original: “[...] unfortunately, **for now**, the objectives we established in the capital were not achieved”. Ibid. p. 75.

¹²⁰ TARVER, H. Michael; FREDERICK, Julia C. **The History of Venezuela**. Westport, Connecticut: Greenwood Publishing Group, 2005.

¹²¹ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **How Democracies Die**. New York: Crown, 2018; MARCANO; TYSZKA op. cit., p. 108.

imagem ser catapultada com a transmissão na TV,¹²² ganhou legitimidade com o apoio do novo presidente.¹²³

Rafael Caldera, um dos fundadores da democracia venezuelana, acolheu uma pessoa que havia tentado pôr fim da mais antiga democracia da América Latina. Essa “aliança fatídica” (*fateful alliances*)¹²⁴ costurada por Cladera, foi uma clara demonstração do que Juan Linz chama de democrata semileal. Segundo Linz, democratas semileais são aqueles cujo compromisso com a democracia é eclipsado pelo compromisso com o projeto de poder.¹²⁵

Democratas semileais toleram figuras autoritárias em seus partidos, cooperam ou se aliam a essas figuras, não estão dispostos a condenar atos de violência cometidos por seus aliados e demonstram pouca disposição a se aliar com rivais para enfrentar riscos antidemocráticos.¹²⁶ Como lembram Levitsky e Ziblatt: “quando as democracias morrem, as impressões digitais [dos democratas semileais] raramente são encontradas na arma do crime”.¹²⁷

Assim, violando um segundo teste de sua lealdade à democracia,¹²⁸ Caldera dispensou o caso contra Chávez, que passou apenas dois anos na prisão por sua tentativa de golpe de estado. Nas palavras do presidente: “[a] dispensa não implica em um julgamento de valor. Quando você dispensa um processo legal, você não está dizendo que o processo é relevante ou irrelevante, nem está perdoando ninguém”.¹²⁹

Livre e com sua popularidade em alta, Chávez teve apenas que esperar a eleição seguinte, em 1998, para se candidatar e vencer a corrida presidencial do país – desta vez sem precisar recorrer à violência.

No entanto, apesar de ter vencido as eleições presidenciais, Chávez não contava com uma maioria parlamentar, o que representava um obstáculo à implementação de seu projeto revolucionário. Diante dessa situação, logo no começo de seu mandato, em 1999, Chávez

¹²² ¹²² MARCANO, Christina; TYSZKA, Alberto Barrera. **Hugo Chávez: The Definitive Biography of Venezuela's Controversial President.** New York: Random House, 2007. p. 75.

¹²³ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **How Democracies Die.** New York: Crown, 2018 2018.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 13.

¹²⁵ LINZ, Juan. **The Breakdown of Democratic Regimes: Crisis, Breakdown and Reequilibration.** John Hopkins University Press, 1978. p. 33.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 32.

¹²⁷ No original: “when democracies die, their [semi-loyal democrats] fingerprints are rarely found on the murder weapon”; LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Tyranny of the Minority: Why American Democracy Reached the Breaking Point.** New York: Crown, 2023.

¹²⁸ LINZ, *op. cit.*, p. 33.

¹²⁹ No original: “[d]ismissal does not imply a value judgment. When you dismiss a legal proceeding, you are not saying that the proceeding is relevant or irrelevant, nor are you pardoning anyone”. MARCANO, Christina; TYSZKA, Alberto Barrera. **Hugo Chávez: The Definitive Biography of Venezuela's Controversial President.** New York: Random House, 2007. p. 108.

recorreu a um referendo para instituir uma Assembleia Constituinte, invocando o argumento do poder constituinte. A medida não encontrava respaldo constitucional, tendo em vista que a Constituição venezuelana continha um dispositivo prevendo um procedimento de “reforma total” – algo que Chávez não queria usar, pois significaria ter que negociar com um Congresso oposicionista.¹³⁰

Essa tentativa de contornar as regras de “reforma total” foi contestada e a *Corte Suprema de Justicia*, então órgão de cúpula do Judiciário venezuelano, precisou resolver a questão. Naquele momento, apesar de ainda não estar sob o controle de Chávez, a Corte funcionava sob pressão política.¹³¹ O resultado foi uma decisão ambígua com considerações gerais sobre a teoria do poder constituinte originário, reconhecendo que o povo teria um direito “anterior e superior ao regime legal estabelecido”.¹³²

Em protesto contra essa decisão – que se somou a outra que reconhecia o poder da Assembleia de intervir como bem entendesse em todas as instituições –, Cecilia Sosa Gómez, então presidente da *Corte Suprema de Justicia*, renunciou ao cargo. Ao anunciar o fim do Estado de Direito, Gómez disse que a Corte havia cometido suicídio para evitar ser assassinada.¹³³

Na decisão que reconheceu o caráter constituinte originário da Assembleia, a Corte, apesar de reconhecer a validade da manobra, tentou estabelecer algumas limitações ao exercício do poder que Chávez estava prestes a usar. Dentre as exigências, Chávez precisaria delimitar as regras da Assembleia junto ao referendo, para evitar que fossem criadas *ex post facto*.¹³⁴

Como explicam Dixon e Landau, a medida teve poucos efeitos práticos. Primeiro, porque muitos eleitores desconheciam ou entendiam as regras.¹³⁵ Além disso, um boicote promovido pela oposição levou a uma vitória massiva de Chávez. Isso, porque os partidos oposicionistas se recusaram, em sua grande maioria, a participar do ato.¹³⁶ O resultado foi o

¹³⁰ DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing**: Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy. New York: Oxford University Press, 2021. p. 123.

¹³¹ LANDAU, David. Constitution-making and authoritarianism in Venezuela: the first time as tragedy, the second as farce. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). **Constitutional Democracy in Crisis?** New York: Oxford University Press, 2018, p. 161-175. p. 164.

¹³² No original: “*previo y superior al régimen jurídico establecido*”. BREWER-CARÍAS, Allan R. La configuración judicial del proceso constituyente o de cómo el guardián de la Constitución abrió el camino para su violación y para su propia extinción. **Revista de Derecho Público**, n. 77-78/79-80, p. 453-514, jan./dez. 1999. p. 461 e 468; DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing**: Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy. New York: Oxford University Press, 2021. p. 123.

¹³³ TAYLOR, Matthew M. The Limits of Judicial Independence: A Model with Illustration from Venezuela under Chávez. **Journal of Latin American Studies**, v. 46, iss. 2, p. 229 – 259, maio 2014. p. 250.

¹³⁴ DIXON; LANDAU, op. cit., p. 123.

¹³⁵ Ibid., p. 123.

¹³⁶ LANDAU, op. cit., p. 164.

controle de mais de 90% das vagas da Assembleia Constituinte pelo chavismo, que conquistou 123 das 131 cadeiras disponíveis.¹³⁷

Instaurada a nova Assembleia Constituinte, Chávez aproveitou ao máximo controle que havia conseguido para redigir uma constituição que permitisse a implementação de seu projeto revolucionário. Abusou, então, de quase todas as medidas apontadas por Aziz Huq e Tom Ginsburg¹³⁸ como parte do manual de erosão da democracia:

- i. **O uso de emendas constitucionais para modificar arranjos básicos de governança:** no caso, Chávez foi além do processo de emendamento e redesenhou a constituição por completo;
- ii. **Eliminação dos checks entre Poderes:** a nova constituição transformava o antigo sistema bicameral em unicameral;¹³⁹
- iii. **Centralização do Poder Executivo:** mandatos presidenciais foram expandidos de cinco para seis anos, com permissão para que um presidente pudesse concorrer a dois mandatos seguidos. Além disso, os poderes presidenciais foram fortalecidos.¹⁴⁰
- iv. **Eliminação ou supressão da competição político-partidária eficaz e a perspectiva relacionada de rotação fora do cargo eletivo:** logo no início das deliberações da Assembleia, foi formada uma comissão que “substituiu muitos membros do judiciário e limitou severamente os poderes e a composição do Congresso”.¹⁴¹
- v. **Contração da esfera pública compartilhada, na qual direitos como a liberdade de expressão e associação são exercidos:** diferentemente do ocorrido nos pontos anteriores, a nova constituição estabeleceu mecanismos de participação popular como recall presidencial e uma comissão da sociedade civil para participar da seleção de magistrados.¹⁴²

¹³⁷ TAYLOR, Matthew M. The Limits of Judicial Independence: A Model with Illustration from Venezuela under Chávez. *Journal of Latin American Studies*, v. 46, iss. 2, p 229 – 259, maio 2014. p. 249.

¹³⁸ HUQ, Aziz Z.; GINSBURG, Tom. *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago: The University of Chicago Press, 2018. p. 72-3.

¹³⁹ LANDAU, David. Constitution-making and authoritarianism in Venezuela: the first time as tragedy, the second as farce. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). *Constitutional Democracy in Crisis?* New York: Oxford University Press, 2018, p. 161-175. p. 164; CORRALES, Javier. Autocratic legalism in Venezuela. *Journal of Democracy*, v. 26, n. 2, abr. 2015. p. 38.

¹⁴⁰ LANDAU, op. cit., p. 164-5.

¹⁴¹ No original: “replaced many members of the judiciary and sharply limited the powers and composition of the Congress”. Ibid., p. 165.

¹⁴² Ibid. p. 165.

Entre 1998 e 2000, a Venezuela viu o índice que media a qualidade de sua democracia despencar de 0.59, uma democracia eleitoral, para 0.31, uma autocracia eleitoral.¹⁴³ No mesmo período, a degradação da independência judicial caiu de 0.65 para 0.32, chegando a atingir 0.17 em 2004, pouco tempo após a domesticação do *Supremo Tribunal de Justicia*, criado pela Assembleia Constituinte em 1999 como sucessor da *Corte Suprema de Justicia*.¹⁴⁴

O processo de domesticação da Suprema Corte venezuelana começou já na Assembleia Constituinte. Assumindo o exercício do poder constituinte originário, a Assembleia recusou qualquer limitação posta pela ordem jurídica anterior. Assim, instituições inteiras foram redesenhadas tanto em suas atribuições quanto em suas composições.¹⁴⁵

Além de redesenhar o cenário político e reduzir consideravelmente as chances de seus oponentes voltarem ao poder, Chávez e sua Assembleia Constituinte promoveram uma reestruturação do Poder Judiciário que durou 10 anos. Durante esse período, a constituinte estabeleceu que não teriam efeitos as garantias de inamovibilidade e estabilidade dos magistrados, fazendo com que o número de juízes “provisórios” (que não gozavam de tais garantias) no país chegasse a 80% em 2005.¹⁴⁶

A Assembleia também nomeou uma nova Suprema Corte (agora *Tribunal Supremo de Justicia*), um novo Conselho Nacional eleitoral, além de um novo procurador-geral, controlador-geral e ombudsman.¹⁴⁷ Como consequência, a Corte estava mais preocupada em firmar sua autoridade do que contestar as pretensões do novo governo.¹⁴⁸ Apesar disso, ela continuava a demonstrar – ainda que timidamente – vontades próprias. Algumas de suas decisões representavam reverses aos interesses do governo. Essa questão ganhou um novo colorido com a tentativa de golpe sofrida por Chávez em 2002.¹⁴⁹

¹⁴³ OUR WORLD IN DATA. Liberal democracy index, 2022. **V-Dem** (2023). Disponível em: <https://ourworldindata.org/explorers/democracy?time=latest&country=~TUR&Dataset=Varieties+of+Democracy&Metric=Liberal+democracy&Sub-metric=Main+index+test>. Acesso em: 01 abr. 2024.

¹⁴⁴ OUR WORLD IN DATA. Judicial constraints on the executive index, 2022. **V-Dem** (2023). Disponível em: <https://ourworldindata.org/grapher/judicial-constraints-on-the-executive-index?country=~VEN>. Acesso em: 01 abr. 2024.

¹⁴⁵ DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy**. New York: Oxford University Press, 2021. p. 124.

¹⁴⁶ DIAS, Roberto; TEDESCO, Thomaz Fiterman. Erosão democrática e a corte interamericana de direitos humanos: o caso venezuelano. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 2. p. 195-224, 2021. p. 211.

¹⁴⁷ TAYLOR, Matthew M. The Limits of Judicial Independence: A Model with Illustration from Venezuela under Chávez. **Journal of Latin American Studies**, v. 46, iss. 2, p 229 – 259, maio 2014. p. 250.

¹⁴⁸ SOBREIRA, David. Como os Tribunais morrem: o caso da Venezuela (entrevista com Raul Sanchez Urribarri). **JOTA**, 04 fev. 2024. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/como-os-tribunais-morrem-o-caso-da-venezuela-04022024.%20Acesso%20em:%2001%20abr.%202024>. Acesso em: 01 abr. 2024

¹⁴⁹ TAYLOR, op cit., p. 250.

A crescente polarização política, somada à dificuldade de encontrar formas de enfrentar um governo com alta popularidade – e que havia aleijado institucionalmente o país –, levou parte da oposição a embarcar em uma aventura golpista contra Chávez.

Após o fracasso do golpe, militares de alta patente foram levados à Suprema Corte para serem julgados. Por três vezes, entretanto, a Corte decidiu que não havia provas suficientes para condenar dois generais e dois almirantes pela tentativa de golpe. Segundo Matthew Taylor, “essa adesão a normas jurisprudenciais acima das preferências políticas foi um choque para o governo”, afinal, a composição da Corte havia sido completamente selecionada por apoiadores de Chávez na Assembleia.¹⁵⁰

Antes do julgamento final, Chávez ameaçou a Corte, afirmando que seus juízes poderiam ser substituídos caso não se comportassem. O ataque não surtiu o efeito desejado. Em agosto de 2002, ao anunciar a decisão final, o presidente da Corte, Iván Rincón, fez uma defesa do Tribunal e de sua preferência por um mínimo de estabilidade jurisprudencial, além de dizer que “[a] Constituição não deve ser usada apenas quando é benéfica para mim. Ela tem que ser respeitada o tempo todo”.¹⁵¹

Como consequência, um comitê especial do Congresso (Assembleia Nacional) recomendou a remoção de um dos membros da Suprema Corte e a investigação de outro. Franklin Arrieché, autor da decisão da Corte, foi acusado de apresentar falsas credenciais durante seu processo de confirmação para a Corte. Isso levou à anulação de sua nomeação pela Assembleia Nacional, decisão que foi obstada por uma liminar temporária.¹⁵²

Durante 2002 e 2004 a Corte permaneceu profundamente dividida internamente. Isso resultou em decisões que por vezes beneficiavam o governo e por vezes o prejudicavam, como é de se esperar de uma instituição que funcione de forma apropriada – pelo menos partindo da premissa que os fundamentos jurídicos utilizados eram hígidos. Uma dessas decisões foi emitida pela Câmara Eleitoral da Suprema Corte, que derrubou uma decisão do Conselho Nacional Eleitoral que havia invalidado 876.000 das 3.000.000 assinaturas coletadas pela oposição em apoio a um referendo sobre se Chávez deveria renunciar. Em um recurso, o governo levou o caso à Câmara Constitucional, ocupada por uma maioria alinhada a Chávez, enterrando a decisão da Câmara Eleitoral e as pretensões da oposição.¹⁵³

¹⁵⁰ No original: “this adherence to jurisprudential norms above political preferences came as a shock to the government”. Ibid., p. 251.

¹⁵¹ No original: “[t]he constitution is not only to be used when it is beneficial to me. It has to be respected all the time”. TAYLOR, Matthew M. The Limits of Judicial Independence: A Model with Illustration from Venezuela under Chávez. *Journal of Latin American Studies*, v. 46, iss. 2, p 229 – 259, maio 2014. p. 251.

¹⁵² Ibid., p. 251-2.

¹⁵³ Ibid., p. 252.

O desafio da Câmara Eleitoral não sairia barato. Após a resolução da questão, o governo anunciou que o procurador-geral iniciaria uma investigação de três dos juízes daquele órgão por comportamento antiético. A medida era uma clara tentativa de Chávez de alterar as preferências da Corte.

O processo de domesticação da Suprema Corte ganhou mais força a partir de 2004, quando o governo resolveu alterar a Lei Orgânica do Tribunal por uma maioria relativa inconstitucional. A medida se valia de justificativas nobres para promover alterações na estrutura e composição da Corte. Primeiro, foi expandido o acesso à Corte, garantindo que todos os cidadãos pudessem se dirigir a ela. Somou-se a isso um fortalecimento do controle da Suprema Corte sobre a administração judicial e as demais cortes inferiores.¹⁵⁴

Essas alterações escondiam as intenções dissimuladas do governo. Isso, porque essas não foram as únicas mudanças. Alegando a existência de um congestionamento em decorrência do número de processos a serem julgados pela Corte, Chávez aumentou o número de juízes de 20 para 32, distribuídos de forma que garantissem ao governo maioria na Câmara Eleitoral. A forma de indicação dos juízes para a Suprema Corte também foi alterada, deixando de exigir uma maioria qualificada de dois terços e passando para uma maioria simples.¹⁵⁵

A remoção de juízes também foi facilitada. Como explica Raul Urribarri, buscando deixar a Corte mais responsiva ao governo, foi estabelecido um procedimento acelerado “para contornar as restrições existentes para demissões dos juízes da Corte, permitindo uma anulação pós-facto da designação do juiz com base em vários critérios amplos, realizados e decididos por uma maioria relativa do legislativo”.¹⁵⁶ Com a alteração, o impeachment de juízes da Suprema Corte poderia ser iniciado por maioria dos membros do *Poder Ciudadano*, composto pelo procurador-geral, controlador-geral e ombudsman. Além disso, a mera abertura do procedimento já suspendia o juiz de imediato, até que dois terços da Assembleia Nacional resolvesse sobre a questão.¹⁵⁷

Com as mudanças efetuadas, não demorou para que a Assembleia Nacional finalizasse a perseguição que começou. Franklin Arrieché, que havia se mantido no cargo em razão de uma

¹⁵⁴ URRIBARRI, Raul A. Sanchez. Courts between Democracy and Hybrid Authoritarianism: Evidence from the Venezuelan Supreme Court. *Law & Social Inquiry*, v. 36, iss. 4, p. 854–884, 2011. p. 871-2.

¹⁵⁵ TAYLOR, Matthew M. The Limits of Judicial Independence: A Model with Illustration from Venezuela under Chávez. *Journal of Latin American Studies*, v. 46, iss. 2, p. 229 – 259, maio 2014. p. 253.

¹⁵⁶ No original: “[a]”to circumvent the restrictions in place for dismissals of the Court’s justices, allowing for a post hoc annulment of the justice’s designation on the basis of several broad criteria, carried out and decided by a relative majority of the legislature” constituição não deve ser usada apenas quando é benéfica para mim. Ela tem que ser respeitada o tempo todo”. URRIBARRI, Raul A. Sanchez. Courts between Democracy and Hybrid Authoritarianism: Evidence from the Venezuelan Supreme Court. *Law & Social Inquiry*, v. 36, iss. 4, p. 854–884, 2011. p. 872.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 872.

liminar, foi removido por uma maioria simples da Assembleia. Em seu recurso, alegou que sua remoção violaria a Constituição, argumento que foi rejeitado pela Câmara Constitucional por três votos a dois.¹⁵⁸

Além desse caso, outros dois juízes, Alberto Martini Urdaneta e Rafael Hernández Uzcátegui, integrantes da Câmara Eleitoral da Suprema Corte e conhecidos por decidir consistentemente em favor da oposição, foram forçados a se aposentar para evitar o mesmo destino de Arrieche.¹⁵⁹

Um ano depois, em março de 2005, com a nova composição reforçada por 12 revolucionários chavistas, a Suprema Corte reverteu suas decisões referentes à tentativa de golpe de 2002, permitindo que aqueles supostamente envolvidos fossem novamente processados.¹⁶⁰

Seguiu-se a derrota de um referendo contra Chávez e sua vitória para um terceiro mandato, que começaria em janeiro de 2007. Naquele mês, Chávez receberia da Assembleia Nacional o poder de governar por decretos durante 18 meses pela segunda vez, tendo exercido esse poder em 2001. Com todas essas ferramentas em mãos, Chávez consolidou seu poder aprovando decretos que expandiam sua autoridade, enquanto a Corte garantia que candidatos opositoristas não poderiam concorrer.¹⁶¹

O caso venezuelano ilustra bem como o processo de domesticação de uma corte funciona em todas as suas formas – *expansão*, *redução* e *transformação*. Como apontou Javier Corrales, após 2005, o *Tribunal Supremo de Justicia* emitiu mais de 45.000 decisões, nenhuma delas contra o governo.¹⁶²

3.2 A democratização que deu errado na Turquia

Político de carreira, Erdoğan foi prefeito de Istanbul entre 1994-1998 e cofundador do Partido Justiça e Desenvolvimento (Adalet ve Kalkınma Partisi - AKP), em 2001. O AKP era composto por membros dos antigos Partido do Bem-estar (Refah Partisi) e do Partido Virtude

¹⁵⁸ TAYLOR, Matthew M. The Limits of Judicial Independence: A Model with Illustration from Venezuela under Chávez. *Journal of Latin American Studies*, v. 46, iss. 2, p 229 – 259, maio 2014. p. 254.

¹⁵⁹ Ibid., p. 254.

¹⁶⁰ Ibid., p. 254.

¹⁶¹ Ibid., p. 254-5.

¹⁶² CORRALES, Javier. Autocratic legalism in Venezuela. *Journal of Democracy*, v. 26, n. 2, abril 2015. p. 44.

(Fazilet Partisi), que haviam sido dissolvidos pela Corte Constitucional (*Anayasa Mahkemesi*) por defender o fim do secularismo em prol de um Estado ancorado em valores do Islã.¹⁶³

Produto da Constituição de 1962, criada após um golpe de estado, a Corte Constitucional turca foi instituída em um período semelhante ao das cortes da Austria (1945), Germany (1951), and Italy (1956). Contudo, como aponta Daly, em razão do contexto histórico, político e constitucional da Turquia, sua Corte Constitucional não tinha como papel fundamental a defesa de direitos fundamentais, mas a preservação dos valores da República, sobretudo o secularismo.¹⁶⁴ Essa conclusão é reforçada por Bertil Emrah Oder¹⁶⁵ e Esin Örucü,¹⁶⁶ para quem a Corte era um mecanismo de preservação do secularismo e da hegemonia das elites em uma sociedade majoritariamente muçulmana.

Com o *rebranding*, o AKP defendia valores liberais como o secularismo, economia de mercado e o ingresso da Turquia na União Europeia. A oportunidade para demonstrar – ou não – tais valores não demorou a aparecer. Logo no ano seguinte à sua instituição, o AKP conquistou dois terços das cadeiras nas eleições parlamentares,¹⁶⁷ o que levou Erdoğan a ocupar o cargo de primeiro-ministro. A Turquia, então, passou por um processo de crescimento econômico que potencializou a popularidade do AKP. Além disso, a plataforma política do partido, que envolvia expansão da participação política, de direitos de minorias étnicas e religiosas e restrição dos poderes militares, tornou o partido atrativo também aos segmentos progressistas da sociedade turca.¹⁶⁸

Historicamente marcada por golpes de estado, o sistema constitucional da Turquia contava com ampla participação militar. Contudo, a ascensão do AKP colocou em prática um projeto tardio de justiça de transição.¹⁶⁹ O resultado foi a aprovação de reformas que afetaram o poder institucional e decisório militar, reduzindo a influência de sua tutela sobre a democracia

¹⁶³ VAROL, Ozan O. Stealth Authoritarianism in Turkey. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). **Constitutional Democracy in Crisis?** New York: Oxford University Press, 2018, p. 339-354. p. 342.

¹⁶⁴ DALY, Tom Gerald. ‘Good’ Court-Packing? The Paradoxes of Democratic Restoration in Contexts of Democratic Decay. **German Law Journal**, vol. 23, n. 8, p. 1071–1103, 2022. p. 1082.

¹⁶⁵ ODER, Bertil Emrah. The Turkish Constitutional Court and Turkey’s Democratic Breakdown: Judicial Politics Under Pressure. **ICL Journal**, v. 18, iss. 1, p. 127–163, 2024. p. 129.

¹⁶⁶ ÖRÜCÜ, Esin. The Constitutional Court of Turkey: The Anayasa Mahkemesi as the Protector of the System. **J. Comp. L.**, v. 3, p. 254-268, 2008.

¹⁶⁷ VAROL, Ozan O.; PELLEGRINA, Lucia Dalla; GAROUPA, Nuno. An Empirical Analysis of Judicial Transformation in Turkey. **The American Journal of Comparative Law**, v. 65, n. 1, p. 187-216, 2017. p. 195.

¹⁶⁸ VAROL, op. cit., p. 342.

¹⁶⁹ MIHR, Anja. Regime Consolidation through Transitional Justice in Europe: The Cases of Germany, Spain and Turkey. **International Journal of Transitional Justice**, v. 11, iss. 1, p. 113–131, 2017. p. 125.

do país.¹⁷⁰ Militares de alto escalão também foram criminalmente investigados e presos por supostamente conspirar para derrubar o governo.¹⁷¹

Segundo Ozan Varol, apesar desse conjunto de iniciativas, era possível notar que o real propósito de Erdoğan não era eliminar ou reformar instituições antidemocráticas, mas submetê-las ao seu controle. Sob sua liderança, o AKP promoveu reformas legislativas e constitucionais que reduziram a capacidade de dissenso da população, restringiram direitos individuais e dificultaram a capacidade institucional da oposição de desafiar o governo.¹⁷²

Pouco tolerante aos comentários negativos contra si, Erdoğan “equipou-se com advogados – e moveu centenas de ações por difamação contra seus críticos”.¹⁷³ Os motivos que levaram a isso eram os mais banais, desde comentários satíricos até montagens com a cabeça do primeiro-ministro no corpo de um cachorro. Mas sua determinação em calar os críticos não parava com cidadãos privados. Jornalistas e meios de comunicação eram processados – e as vezes multados – por insultar ou até mesmo por simplesmente registrar fatos (como foi o caso de um jornalista processado por anunciar uma investigação sobre corrupção envolvendo oficiais do alto escalão do governo. O efeito disso, por óbvio, foi um efeito resfriador (*chilling effect*) do debate público.¹⁷⁴

A isso somou-se uma perseguição seletiva de oponentes políticos. Varol aponta que muitos dos processos movidos contavam com provas suficientes. Como os processos decorriam de crimes de fraude, evasão fiscal e lavagem de dinheiro, era mais fácil manter a aparência – tanto doméstica quanto internacional – de que não se tratava de perseguição política. Contudo, os processos era direcionados a opositores do governo.¹⁷⁵

Assim, sem precisar recorrer à violência aberta, Erdoğan aplicou mecanismos legais e institucionais para dificultar a vida de seus opositores e facilitar sua perpetuação no poder. Essas práticas são especialmente perniciosas à democracia, porque utilizam seus mecanismos contra os valores que devem guiá-la. Autores como Kim Lane Schepelle e Ozan Varol referem-se a

¹⁷⁰ ESEN, Berk; GUMUSCU, Sebnem. Rising competitive authoritarianism in Turkey. **Third World Quarterly**, v. 37, iss. 9, p. 1581-1606, 2016. p. 1584.

¹⁷¹ VAROL, Ozan O. Stealth Authoritarianism in Turkey. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). **Constitutional Democracy in Crisis?** New York: Oxford University Press, 2018, p. 339-354. p. 347-8.

¹⁷² Ibid., p. 342.

¹⁷³ No original: “lawyered up— and filed hundreds of libel lawsuits against his critics”. Ibid., p. 342.

¹⁷⁴ VAROL, Ozan O. Stealth Authoritarianism in Turkey. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). **Constitutional Democracy in Crisis?** New York: Oxford University Press, 2018, p. 339-354. p. 343.

¹⁷⁵ Ibid., p. 344.

essas técnicas como legalismo autocrático (*autocratic legalism*)¹⁷⁶ ou autoritarismo furtivo (*stealth authoritarianism*),¹⁷⁷ ideais que, apesar das nuances, descrevem ideias bastante semelhantes.

Outras reformas continuaram a ser aprovadas na primeira década do século XXI. Uma delas ocorreu por meio de referendo¹⁷⁸, em 2007. A alteração promovia uma expansão dos poderes do presidente e tornava sua eleição objeto de voto popular, algo que garantiu maior legitimidade ao ocupante do cargo – e às visões que ele carregasse.¹⁷⁹

Nesse mesmo período, a Corte Constitucional impôs duas derrotas ao governo. A primeira delas ocorreu em 2007, antes da reforma, e dificultou a escolha presidencial pelo AKP, quando o partido contava com 60% das cadeiras do parlamento.¹⁸⁰ A segunda, por sua vez, demonstrou com ainda mais força o compromisso da Corte com uma noção iliberal de secularismo. Instada a decidir sobre a validade de uma emenda constitucional que autorizava o uso de véus em instituições de ensino superior, a Corte reconheceu a inconstitucionalidade do dispositivo.¹⁸¹

A Emenda dos Véus havia sido a forma que o governo enxergava de resolver a questão, já que a Corte Constitucional havia invalidado tentativas de fazer o mesmo pela via legislativa nas décadas anteriores.¹⁸² Apesar de todos os requisitos à aprovação da emenda terem sido observados, a Corte a invalidou, mesmo diante dos limites que só permitiam que o *judicial review* de emendas constitucionais recaísse sobre questões procedimentais.¹⁸³ Para contornar isso, a Corte sustentou que a emenda violava o secularismo, valor que, somado às características fundamentais da República, são impassíveis de emenda por disposição constitucional expressa.¹⁸⁴

¹⁷⁶ SCHEPPELE, Kim L. Autocratic Legalism. *University of Chicago Law Review*, v. 85, iss. 2, p. 545-583, 2018.

¹⁷⁷ VAROL, Ozan O. Stealth Authoritarianism. *Iowa Law Review*, v. 100, p. 1673-1742, 2015.

¹⁷⁸ Na Turquia, referendos são utilizados quando propostas de emendas constitucionais alcançam três quintos dos votos (330) do parlamento. Se, contudo, a proposta atingir dois terços (367) e aprovação do presidente, a emenda é aprovada imediatamente. VAROL, Ozan O. Stealth Authoritarianism in Turkey. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). *Constitutional Democracy in Crisis?* New York: Oxford University Press, 2018, p. 339-354. p. 350.

¹⁷⁹ Ibid., p. 348.

¹⁸⁰ BAKINER, Onur. How Did We Get Here? Turkey's Slow Shift to Authoritarianism? In: BASER, Bakar; ÖZTÜRK, Ahmet Erdi. *Authoritarian Politics in Turkey: Elections, Resistance and the AKP*. London; New York: I.B.Tauris, 2017, p. 21-46. p. 33.

¹⁸¹ BÂLI, Asli. The Perils of Judicial Independence: Constitutional Transition and the Turkish Example. *Virginia Journal of International Law*, v. 52, n. 2, p. 235-320, 2012. p. 235 and 252-6.

¹⁸² UZUN, Mehmet Cengiz. The Protection of Laicism in Turkey and the Turkish Constitutional Court: The Example of the Prohibition on the Use of the Islamic Veil in Higher Education. *Penn State International Law Review*, v. 28, n. 3, p. 383-426, 2010. p. 408-11

¹⁸³ BÂLI, op. cit., p. 253-4.

¹⁸⁴ VAROL, Ozan O.; PELLEGRINA, Lucia Dalla; GAROUPA, Nuno. An Empirical Analysis of Judicial Transformation in Turkey. *The American Journal of Comparative Law*, v. 65, n. 1, p. 187-216, 2017. p. 196.

O confronto constitucional¹⁸⁵ entre o governo e a Corte Constitucional ficou ainda mais sério em 2008, quando a Corte deliberou sobre a dissolução do AKP por violação aos princípios seculares do Estado. A decisão foi de 6 a 4 contra o AKP, ficando com um voto aquém da maioria qualificada necessária para o banimento de um partido. Apesar disso, a Corte emitiu um aviso contra o AKP e retirou metade de seus fundos públicos.¹⁸⁶

Esse poder de banir partidos foi utilizado pelo menos 25 vezes em 26 anos. De acordo com Tom Daly, essa atuação ostensiva na dissolução de partidos, somada ao fracasso “em fornecer proteção suficiente aos direitos individuais” e ao bloqueio de reformas liberalizantes, foi alvo de fortes críticas.¹⁸⁷

Foi diante desse contexto que, em setembro de 2010, o AKP apresentou uma proposta de referendo com um conjunto de reformas. Segundo o governo, o objetivo era democratizar a Constituição de 1982, escrita após um golpe de estado. Entre os dispositivos propostos estavam reformas que reduziam a influência da Corte Constitucional, vista como ativista e comprometida com a preservação dos valores das antigas elites seculares do país.¹⁸⁸

Entretanto, o pacote inteiro comportava 26 itens e sua votação, por referendo, não foi fracionada. Portanto, quando a população escolheu aprovar o pacote por 58% dos votos, aceitou todas as provisões nele contidas. Como consequência, a composição da Corte Constitucional foi alterada de 11 juízes permanentes e 4 substitutos para 17 permanentes. Além disso, os juízes da Corte passaram a ter mandatos de 12 anos – além do limite anterior de 64 anos – e seus processos de indicação passaram a sofrer maior influência política dos outros Poderes.¹⁸⁹ O acesso à Corte também foi ampliado e seu sistema de proteção de direitos melhorado – medidas tomadas em decorrência de ações contra a Turquia na Corte Europeia de Direitos Humanos.¹⁹⁰

Como resultado, estudos apontam para uma expansão do papel democrático da Corte na proteção de direitos fundamentais. Daly, por exemplo, destaca como nos primeiros anos após a reforma a Corte agiu de forma aparentemente independente, julgando casos emblemáticos em

¹⁸⁵ A constitutional showdown is a confrontation between and among the branches of government. For a deeper understanding of the topic Cf. POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. *Constitutional Showdowns*. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 156, p. 991-1048, 2008.

¹⁸⁶ VAROL, Ozan O. *Stealth Authoritarianism in Turkey*. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). **Constitutional Democracy in Crisis?** New York: Oxford University Press, 2018, p. 339-354. p. 348-9.

¹⁸⁷ No original: “to provide sufficient protection to individual rights”. DALY, Tom Gerald. ‘Good’ Court-Packing? The Paradoxes of Democratic Restoration in Contexts of Democratic Decay. **German Law Journal**, vol. 23, n. 8, p. 1071–1103, 2022. p. 1082-3.

¹⁸⁸ VAROL, op cit., p. 349.

¹⁸⁹ VAROL, Ozan O.; PELLEGRINA, Lucia Dalla; GAROUPA, Nuno. An Empirical Analysis of Judicial Transformation in Turkey. **The American Journal of Comparative Law**, v. 65, n. 1, p. 187-216, 2017. p. 190.

¹⁹⁰ DALY, Tom Gerald. ‘Good’ Court-Packing? The Paradoxes of Democratic Restoration in Contexts of Democratic Decay. **German Law Journal**, vol. 23, n. 8, p. 1071–1103, 2022. p. 1083.

defesa de direitos à liberdade de expressão e a um julgamento justo. Em junho de 2014, a Corte anulou o julgamento de 230 petionantes condenados por uma tentativa de golpe de estado contra o AKP. A decisão apontava violações procedimentais e principiológicas cometidas na condução do julgamento original.¹⁹¹

Para Asli Bâli, as reformas foram necessárias para uma tentativa de consolidação da democracia, porque a Corte continuava a atuar como um mecanismo de preservação do establishment responsável pela Constituição antidemocrática de 1982. A noção de independência judicial, segundo Bâli, deve ser interpretada contextualmente diante de processos de transição democrática.¹⁹²

Contudo, diferentemente do esperado de um governo com projetos liberalizantes, as novas regras e composição levaram a Corte Constitucional à uma guinada em direção ao conservadorismo. Como apontado em uma análise empírica e quantitativa das decisões da Corte, Varol, Pellegrina e Garoupa notaram que 2010 representou uma ruptura no padrão ideológico da Corte Constitucional, que continuou a se mover em direção à direita.¹⁹³ Depois da domesticação, a Corte alterou entendimentos anteriormente consolidados, como questões relativas à expansão dos poderes executivos. De acordo com Oder, “[e]ssas mudanças interpretativas da Corte são exemplos de uma deferência absoluta que empodera o executivo no equilíbrio institucional às custas das garantias de supervisão democrática e do Estado de Direito”.¹⁹⁴

Na sequência dessas reformas, Erdoğan tentou emplacar um segundo projeto ambicioso: transformar a Turquia em um país presidencialista. Contudo, as eleições de 2011 deram ao AKP quatro cadeiras a menos do que as 330 necessárias à submissão de emendas constitucionais a referendo nacional. Em razão disso, o AKP formou um coalizão e se propôs escrever uma nova constituição em conjunto com os demais partidos. A proposta de uma presidência extremamente fortalecida, entretanto, levou a discussão a um impasse. Apesar de Erdoğan alegar defende um modelo como o americano, sua proposta guardava maiores semelhanças com o russo, permitindo que o presidente apontasse unilateralmente membros da Corte Constitucional e

¹⁹¹ DALY, Tom Gerald. ‘Good’ Court-Packing? The Paradoxes of Democratic Restoration in Contexts of Democratic Decay. *German Law Journal*, vol. 23, n. 8, p. 1071–1103, 2022. p. 1084-6.

¹⁹² BÂLI, Asli. Courts and constitutional transition: Lessons from the Turkish case. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, iss. 3, p. 666–701, 2013. p. 679 and 690-7.

¹⁹³ VAROL, Ozan O.; PELLEGRINA, Lucia Dalla; GAROUPA, Nuno. An Empirical Analysis of Judicial Transformation in Turkey. *The American Journal of Comparative Law*, v. 65, n. 1, p. 187-216, 2017. p. 213.

¹⁹⁴ No original: “[t]hese interpretative shifts of the Court are instances of an absolute deference that empower the executive in the institutional balance at the expense of the democratic oversight and rule of law guarantees”. ODER, Bertil Emrah. The Turkish Constitutional Court and Turkey’s Democratic Breakdown: Judicial Politics Under Pressure. *ICL Journal*, v. 18, iss. 1, p. 127–163, 2024. p. 135.

declarasse estado de exceção. O processo constitucional fracassou, mas Erdoğan continuou expandindo os poderes presidenciais por meios informais, preparando o cargo para o qual viria a ser eleito em 2014.¹⁹⁵

Em 2013, denúncias de corrupção envolvendo ministros do governo começaram a enfraquecer o AKP. Somou-se a isso o fim do cessar fogo com os militantes curdos em 2015, que fez com que inúmeras ações fossem levadas aos tribunais do país para enfrentar denúncias relacionadas a restrições de direitos civis e até mesmo assassinatos. Demonstrando algum grau de autonomia, a Corte Constitucional emitiu algumas decisões que desagradaram o governo, o que fez com que o AKP, liderado pelo agora presidente Erdoğan, começasse a desejar limitar o acesso à Corte.¹⁹⁶

A situação chegou a um ponto crítico em 2016, quando militares do baixo escalão colocaram em prática um plano bastante mal planejado de um golpe de estado. Erdoğan, que estava de férias, apareceu na televisão por meio de *FaceTime* convocando seus apoiadores a defenderem o regime – o que foi prontamente atendido por muitos. A tentativa foi suprimida em menos de 24 horas¹⁹⁷

Após o ocorrido, a contagem de mortos ultrapassou duas centenas. Em seguida, um grande expurgo foi promovido: 6.823 soldados, 2.777 juízes e promotores (incluindo dois juízes da Corte Constitucional) e dúzias de governadores foram detidos. Somam-se a esses números mais de 49 mil servidores civis que foram removidos de suas funções e outros 21 mil professores de escolas privadas que perderam suas licenças para ensinar. Quase 1.600 reitores universitários foram forçados a deixar seus empregos, e acadêmicos em universidades turcas foram mandados para casa e ordenados a não viajarem para fora do país.¹⁹⁸

Em 2017, fortalecido pela vitória contra a tentativa de golpe, Erdoğan finalmente conseguiu aprovar um referendo, com 52% dos votos, transformando sua concentração de poder *de facto* em *de jure*.¹⁹⁹ A partir desse momento, a presidência era um cargo sem freios reais à sua autoridade. Entre suas funções estão a de indicar juízes para o judiciário e ordenar investigações disciplinares contra qualquer dos 3.5 milhões de servidores públicos turcos.²⁰⁰

¹⁹⁵ VAROL, Ozan O. Stealth Authoritarianism in Turkey. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). **Constitutional Democracy in Crisis?** New York: Oxford University Press, 2018, p. 339-354. p. 350-1.

¹⁹⁶ DALY, Tom Gerald. ‘Good’ Court-Packing? The Paradoxes of Democratic Restoration in Contexts of Democratic Decay. **German Law Journal**, vol. 23, n. 8, p. 1071–1103, 2022. p. 1086.

¹⁹⁷ VAROL, op cit., p. 351-2.

¹⁹⁸ Ibid., p. 352.

¹⁹⁹ DALY, op cit., p. 1087.

²⁰⁰ VAROL, op. cit., p. 353.

De acordo com os dados do V-Dem, a democracia turca chegou ao ápice em 2003, quando sua avaliação atingiu 0.53, número que permaneceu relativamente estável até 2007, ano em que o processo de erosão constitucional começou a ganhar tração. Em decorrência disso, o país viu a avaliação de sua democracia ser reduzida ano após ano, até atingir 0.26 em 2014,²⁰¹ número que continuou em queda e retirou a Turquia do grupo das democracias mundiais.²⁰²

O controle judicial sobre o Executivo, entretanto, demorou a acompanhar o ritmo de degradação do índice democrático. Apesar de também ter sofrido uma queda, a independência judicial manteve índices elevados até 2016, quando atingiu 0.39. No ano seguinte, o Judiciário perdeu quase que completamente sua autonomia, levando o índice de *Judicial constraints on the executive* a atingir 0.15. Esse valor sofreu pequenas variações positivas até os dias atuais.²⁰³

A história recente da Turquia, assim como ocorreu na Venezuela, demonstra que o court taming não foi um elemento essencial ao processo de erosão democrática do país, mas foi parte da estratégia da consolidação do poder do incumbente. Em 2024, Erdoğan completou 21 anos ininterruptos no poder – e não há indícios de que isso irá mudar.

3.3 O laboratório da democracia iliberal húngaro

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, a Hungria e outros países do leste europeu acabaram ficando atrás da cortina de ferro, sob influência da União Soviética. Apesar de localização, Tímea Drinóczi explica que a Hungria manteve certo grau de independência, quando comparada a países como Tchecoslováquia, Romênia, a Bulgária, Letônia, Lituânia e Estônia.²⁰⁴

No entanto, apesar dessa relativa independência, o período sob o jugo soviético deixou profundas marcas no povo húngaro²⁰⁵ e em seu constitucionalismo. Anteriormente regida por

²⁰¹ OUR WORLD IN DATA. Liberal democracy index, 2022. **V-Dem** (2023). Disponível em: <https://ourworldindata.org/grapher/liberal-democracy-index?tab=chart&time=1900..latest&country=~TUR>. Acesso em: 20 mar. 2024.

²⁰² NORD, Marina et al. **Democracy Report 2024: Democracy Winning and Losing at the Ballot**. University of Gothenburg: V-Dem Institute, 2024. p. 61.

²⁰³ OUR WORLD IN DATA. Judicial constraints on the executive index, 2022. **V-Dem** (2023). Disponível em: <https://ourworldindata.org/grapher/judicial-constraints-on-the-executive-index?tab=chart&time=1900..latest&country=~TUR>. Acesso em: 20 mar. 2024.

²⁰⁴ SOBREIRA, David. Como os Tribunais morrem: o caso da Hungria (entrevista com Tímea Drinóczi). **JOTA**, 14 abr. 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/como-os-tribunais-morrem-o-caso-da-hungria-14042023>. Acesso em: 04 abr. 2024.

²⁰⁵ Para uma análise mais detalhada sobre os impactos das transições constitucionais na identidade nacional da Hungria, conferir: DRINOCZI, Tímea; BIEN-KACALA, Agnieszka. **Illiberal Constitutionalism in Poland and Hungary: The Deterioration of Democracy, Misuse of Human Rights and Abuse of the Rule of Law**. New York: Routledge, 2022.

uma constituição histórica (não escrita), foi durante essa época de tutela que a Hungria adotou sua primeira constituição escrita, a Constituição Comunista de 1949.²⁰⁶

Com o fim da União Soviética, o ocidente passou a implementar um projeto de democratização daqueles países que haviam ficado atrás da cortina de ferro. Assim, a Hungria, que havia passado mais de 40 anos sob controle soviético, agora conhecia ideais como o Estado de Direito, constitucionalismo liberal e direitos humanos.²⁰⁷ O resultado imediato foi uma transição “pacífica e gradual”,²⁰⁸ com início no fim da década de 1980, que fez do país um caso de sucesso²⁰⁹ e um modelo promissor para o projeto ocidental.

Como explica Gábor Halmai, essa transformação não foi feita pela criação de uma nova constituição. A Hungria optou por preservar a Constituição vigente, implementando pela via do emendamento um novo modelo de constitucionalismo liberal que alteraria substancialmente o conteúdo do documento.²¹⁰ Assim, como parte dos elementos estruturais de uma democracia, a emenda também fortaleceu a Corte Constitucional, garantindo fortes poderes de *judicial review*.²¹¹

Durante essa transição, um jovem político de nome Viktor Orbán começou a ganhar destaque. Ladeado de colegas militares e do establishment político, Orbán fundou a Aliança dos Jovens Democratas (primeiro nome pelo qual ficou conhecido seu atual partido, o *Fidesz*). Inicialmente de ideologia liberal-nacionalista, o Fidesz começou como oposição ao governo conservador, passando por uma transição ideológica interna e migrando para a direita já no início da década de 1990.²¹² Em 1998, após costurar uma coalizão com outros dois partidos, Orbán se tornou o primeiro-ministro da Hungria pela primeira vez, aos 35 anos de idade. Seu governo durou até 2002, quando foi derrotado pela coalizão liberal-socialista, que se manteve no poder até 2010.

²⁰⁶ DRINOCZI, Timea; BIEN-KACALA, Agnieszka. **Illiberal Constitutionalism in Poland and Hungary: The Deterioration of Democracy, Misuse of Human Rights and Abuse of the Rule of Law**. New York: Routledge, 2022. p. 51.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 60.

²⁰⁸ LEWIS, Paul; LOMAX, Bill; WIGHTMAN, Gordon. The emergence of multi-party systems in East-Central Europe: A comparative analysis. In: PRIDHAM, Geoffrey; VANHANEN, Tatu (ed.). **Democratization in Eastern Europe: Domestic and international perspectives**. London; New York: Routledge, 1994, p. 151-188. p. 157-8.

²⁰⁹ BUGARIC, Bojan. Protecting Democracy and the Rule of Law in the European Union: The Hungarian Challenge. **LEQS**, n. 79, julho 2014. p. 6-7.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 8.

²¹¹ HALMAI, Gábor. A Coup Against Constitutional Democracy: The Case of Hungary. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). **Constitutional Democracy in Crisis?** New York: Oxford University Press, 2018, p. 243-256. p. 244.

²¹² DJANKOV, Simeon. Hungary under Orbán: Can Central Planning Revive Its Economy? **Peterson Institute for Internal Economics: Policy Brief**, n. PB15-11, p. 1-9, Jul. 2015. p. 3.

A transição de poder entre partidos parecia funcionar bem até 2010, quando o Fidesz conseguiu uma vitória esmagadora nas eleições,²¹³ conquistando uma maioria parlamentar suficiente para alterar – ou mesmo substituir – a Constituição do país. Diversos fatores contribuíram para o evento. Primeiro, a aliança estabelecida entre o Fidesz e o Partido Popular Democrata Cristão (KDNP). Segundo, uma insatisfação de todo o centro-leste europeu com o processo de transição.²¹⁴ Terceiro, o design constitucional do sistema eleitoral húngaro, elaborado no período de transição democrática e preocupado com questões como um parlamento fraturado.²¹⁵ Por fim, o vazamento de falas de líderes do governo, em reunião partidária fechada, admitindo que haviam mentido descaradamente para o povo, fato que virou quase uma plataforma política para Orbán.²¹⁶

Nesse contexto, Halmai explica que essa expressiva vitória, com mais de 50% dos votos, foi potencializada pelo sistema eleitoral proporcional, garantindo à coalisão Fidesz-KDNP dois terços das cadeiras do parlamento (263 de 386). Isso permitiu que o novo governo pudesse promover as alterações que quisesse sem sequer negociar com membros da oposição. E assim ocorreu.²¹⁷

Logo no início de seu novo mandato, ainda em 2010, Orbán e o Fidesz começaram sua *blitzkrieg* iliberal revogando o Artigo 24 (5) da Constituição. Fruto do processo de redemocratização, o Artigo 24 (5) havia sido inserido na Constituição em 1995 como forma de forçar a busca por consenso entre diferentes *players* políticos e de proteger interesses dos partidos minoritários.²¹⁸ Isso, porque o dispositivo exigia um quórum de quatro quintos dos votos do Parlamento para que fosse determinado o conceito da Constituição – expressão vaga, que não necessariamente significa uma nova constituição, como sustenta Drinóczi.²¹⁹

Compreender o significado dessa alteração exige uma análise contextual mais aprofundada. Segundo Drinóczi, na Hungria, não há uma diferença substantiva entre poder constituinte originário e derivado. Um dos motivos que justifica isso é falta de elementos

²¹³ HALMAI, Gábor. A Coup Against Constitutional Democracy: The Case of Hungary. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). **Constitutional Democracy in Crisis?** New York: Oxford University Press, 2018, p. 243-256. p. 245.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 245.

²¹⁵ BÁNKUTI, Miklós; HALMAI, Gábor; SCHEPPELE, Kim Lane. Hungary's Illiberal Turn: Disabling the Constitution. **Journal of Democracy**, v. 23, n. 3, p. 138-146, July 2012. p. 138.

²¹⁶ SOBREIRA, David. Como os Tribunais morrem: o caso da Hungria (entrevista com Tímea Drinóczi). **JOTA**, 14 abr. 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/como-os-tribunais-morrem-o-caso-da-hungria-14042023>. Acesso em: 04 abr. 2024.

²¹⁷ HALMAI, op cit., p. 245.

²¹⁸ BUGARIC, Bojan. Protecting Democracy and the Rule of Law in the European Union: The Hungarian Challenge. **LEQS**, n. 79, julho 2014. p. 8-9.

²¹⁹ SOBREIRA, op cit.

imutáveis (cláusulas pétreas) ou de mecanismos de defesa da identidade da Constituição. A consequência desse fenômeno é um poder praticamente ilimitado de modificação constitucional daqueles que detêm dois terços dos votos no Poder Legislativo.²²⁰

Assim, realizando algo semelhante ao que a doutrina constitucional brasileira entenderia como uma “dupla revisão”²²¹ – primeiro elimina-se o limite à alteração constitucional e, em seguida, altera-se o conteúdo não mais protegido –, o governo liderado por Orbán emendou a Constituição para remover o Artigo 24 (5) e, pouco depois, estabeleceu uma nova Constituição.

Dessa forma, apesar de aparentemente abusiva, a medida foi tomada diante de um design constitucional que lhe oferecia poucos obstáculos além do quórum qualificado. Segundo Richard Albert, para que uma mudança seja adequadamente compreendida como uma emenda, ela precisa ser coerente com a constituição existente.²²² A aplicação dessa lição à realidade húngara encontra dois obstáculos: primeiro, ao não diferenciar poder constituinte originário e derivado, o sistema húngaro borra essa exigência; segundo, naquele momento, como aponta Drinóczi, a literatura constitucional ainda não debatia temas como emendas constitucionais inconstitucionais,²²³ o que torna a tentativa de analisar os fatos sob as lentes atuais passível de uma alegação de anacronismo.

Ainda em 2010, sem uma oposição que pudesse fazer frente ao seu poder, o Fidesz continuou sua revolução constitucional aprovando várias emendas constitucionais e outras leis que afetaram as mais diversas áreas do Estado. Foram feitas alterações em órgãos representativos, como a redução 386 para 200 assentos no Parlamento e do número de representantes governamentais locais,²²⁴ medidas de centralização de poder que Orbán tomou emprestado de Vladimir Putin.²²⁵ Mudanças sobre o setor midiático também foram aprovadas.

²²⁰ DRINÓCZI, Tímea. Constitutional Politics in Contemporary Hungary. *ICL Journal*, v. 10, p. 63-98, 1/2016. p. 66.

²²¹ Por dupla revisão entende-se o processo de contornar as limitações constitucionais ao poder de reforma, especificamente as aquelas estabelecidas pelas cláusulas pétreas do art. 60, § 4º da Constituição brasileira. Em um primeiro momento se revogam as regras com os limites estabelecidos pelo poder constituinte originário para, então, alterar a Constituição sem nenhum desrespeito ao texto modificado. O Supremo Tribunal Federal brasileiro já tratou – e rejeitou – da tese em diferentes oportunidades. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 981-MC**. Plenário. Rel. Min. Néri da Silveira, j. 17/03/1993; **ADI 1.722-MC**. Plenário. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/12/1997. Para aprofundamento sobre o tema, conferir: SILVA, Virgílio Afonso da. Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado: sobre a inconstitucionalidade da dupla revisão e da alteração no quórum de 3/5 para aprovação de emendas constitucionais. *Revista de Direito Administrativo*, v. 226, p. 11-32, 2001.

²²² ALBERT, Richard. *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions*. New York: Oxford University Press, 2019. p. 15.

²²³ DRINOCZI, Tímea; BIEN-KACALA, Agnieszka. *Illiberal Constitutionalism in Poland and Hungary: The Deterioration of Democracy, Misuse of Human Rights and Abuse of the Rule of Law*. New York: Routledge, 2022. p. 158

²²⁴ KOVÁCS, Kriszta, TÓTH, Gábor Attila. Hungary’s Constitutional Transformation. *European Constitutional Law Review*, v. 7, iss. 02, p. 183-203, junho 2011. p. 188.

²²⁵ SCHEPPELE, Kim L. Autocratic Legalism. *University of Chicago Law Review*, v. 85, iss. 2, p. 545- 583, 2018. p. 551.

As diretrizes constitucionais de combate a monopólios foram enfraquecidas e uma autoridade sobre o setor foi estabelecida.²²⁶

A administração da Justiça não ficou de fora da investida do Fidesz. Mudanças constitucionais alteraram a forma como juízes eram indicados para a Corte Constitucional (*Alkotmánybíróság*)²²⁷. Como explicam Kovács e Tóth, sob o modelo anterior, indicações para a Corte passavam por um comitê especial composto por um membro de cada fração parlamentar. Esses membros eram eleitos por dois terços do plenário da Casa Legislativa. De acordo com as novas regras, no entanto, as nomeações passariam a ser feitas por “um comitê parlamentar cujos membros são nomeados pelos partidos de acordo com sua proporção de cadeiras no parlamento”.²²⁸ Segundo Bugaric, a alteração garantia que o Fidesz pudesse utilizar sua supermaioria de dois terços para indicar os membros que quisesse.²²⁹

A segunda mudança ocorreu após a Corte impedir que o governo taxasse retroativamente em até 98% fundos públicos cujos ganhos fossem considerados contrários à “boa moral”. A medida atingia funcionários públicos do alto escalão e foi contestada perante a Corte, que podia ser acessada por todos sem grandes dificuldades. Em resposta, no mesmo dia, o governo aprovou novamente a lei com o mesmo conteúdo em conjunto a uma emenda constitucional que restringia a autoridade da Corte para deliberar sobre matérias fiscais.²³⁰

Pouco depois de implementar essas medidas, em 2011, Orbán e o Fidesz deram a Hungria uma nova Constituição, prometida já no início de 2010. A nova Lei Fundamental (*Alaptörvény*) entrou em vigor em 2012 e trouxe “várias disposições que minam radicalmente os mecanismos básicos de freios e contrapesos da antiga constituição”.²³¹ Dentre essas alterações, o acesso à Corte Constitucional, antes praticamente irrestrito, sofreu duras limitações.

Somou-se a isso a redução de idade de aposentadoria dos juízes comuns de 70 para 62, que foi aprovada como uma transição provisória no fim de 2011, poucos dias antes da Lei Fundamental entrar em vigor. Essa medida forçou aproximadamente 274 juízes a se

²²⁶ KOVÁCS, Kriszta, TÓTH, Gábor Attila. Hungary’s Constitutional Transformation. **European Constitutional Law Review**, v. 7, iss. 02, p. 183-203, junho 2011. p. 190.

²²⁷ O sistema húngaro de jurisdição se assemelha ao alemão, isso significa que a Hungria conta com uma Corte Constitucional (*Alkotmánybíróság*), que não se insere na esfera do Poder Judiciário, e uma Suprema Corte (*Curia*), que ocupa o topo da hierarquia desse Poder. Conferir: KOVÁCS; TÓTH, op. cit., p. 184-5.

²²⁸ No original: “a parliamentary committee whose members are appointed from and by the parties according to their share of seats in parliament”. KOVÁCS; TÓTH, op. cit., p. 193.

²²⁹ BUGARIC, Bojan. Protecting Democracy and the Rule of Law in the European Union: The Hungarian Challenge. **LEQS**, n. 79, julho 2014. p. 9.

²³⁰ KOVÁCS; TÓTH, op. cit., p. 192-3.

²³¹ No original: “several provisions which radically undermine basic checks and balances from the old constitution”. BUGARIC, op. cit., p. 10.

aposentarem antecipadamente, incluindo “seis dos vinte presidentes de tribunais em nível de condado, quatro dos cinco presidentes de cortes de apelação e vinte dos oitenta juízes da Suprema Corte”.²³²

Também foi estabelecido um novo Escritório Nacional de Justiça (*National Judicial Office*), ao qual foram atribuídos poderes para substituir os juízes que estavam se aposentando por novos. Sem surpresa, como aponta Bugaric, o Fidesz indicou uma amiga próxima de Orbán para o cargo, a esposa de Szájer, principal autor da nova Lei Fundamental. Além do poder de indicar novos juízes, o presidente do Escritório Nacional de Justiça, durante seu mandato de nove anos, tem o poder de redesignar casos entre cortes e até de determinar qual juiz será encarregado de julgar qual caso²³³ – poder que foi anulado pela Corte Constitucional.²³⁴

Apesar de todas as medidas tomadas para aleijar a Corte em suas capacidades constitucionais, seu presidente, Paczolay Péter, conseguiu costurar alianças com seus colegas e impôs derrotas ao projeto iliberal de Orbán. Entre as medidas do governo que foram derrubadas estão: i) a redução da idade de aposentadoria de 70 para 62; ii) uma lei que criminalizava pessoas em situação de rua; iii) parte de uma lei que removia o status oficial de mais de 300 igrejas.²³⁵

No entanto, em março de 2013 o Fidesz aprovou Quarta Emenda, contendo um pacote de provisões constitucionais que somavam 15 páginas à Lei Fundamental, que então contava com 45 páginas. Segundo Gábor Halmai, foram reestabelecidas diversas medidas que haviam sido anuladas pela Corte Constitucional. Para ele, no entanto, a mais sensível dessas mudanças foi a anulação de todos os precedentes da Corte que haviam sido estabelecidos antes da vigência da nova Lei Fundamental – “o que significa que, praticamente falando, a Quarta Emenda anula principalmente os casos que definiam e protegiam direitos constitucionais e harmonizavam a proteção dos direitos domésticos para cumprir com a lei de direitos humanos europeia”.²³⁶

²³² No original: “six of the twenty court presidents at the county level, four of the five appeals court presidents, and twenty of the eighty Supreme Court judges”. HALMAI, Gábor. A Coup Against Constitutional Democracy: The Case of Hungary. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). **Constitutional Democracy in Crisis?** New York: Oxford University Press, 2018, p. 243-256. p. 246.

²³³ BUGARIC, Bojan. Protecting Democracy and the Rule of Law in the European Union: The Hungarian Challenge. **LEQS**, n. 79, julho 2014, p. 10.

²³⁴ SCHEPPELE, Kim L. Constitutional Revenge. **Verfassungsblog**, 03 mar. 2013. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/constitutional-revenge/>. Acesso em: 26 out. 2022.

²³⁵ Ibid.

²³⁶ No original: – “which means that, practically speaking, the Fourth Amendment annuls primarily the cases that defined and protected constitutional rights and harmonized domestic rights protection to comply with European human rights law”. HALMAI, Gábor. A Coup Against Constitutional Democracy: The Case of Hungary. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). **Constitutional Democracy in Crisis?** New York: Oxford University Press, 2018, p. 243-256. p. 247.

Desde a chegada do Fidesz ao poder – pela segunda vez – em 2010, a Hungria caminha rumo à autocratização. A avaliação da qualidade de sua democracia caiu de 0.77 (2009), uma democracia eleitoral, para 0.32 (2023) uma autocracia eleitoral.²³⁷ Curiosamente, no entanto, apesar de atualmente todos os juízes da Corte Constitucional da Hungria terem começado seus mandatos após a chegada de Orbán ao poder, o *Judicial constraints index* permanece alto, tendo migrado de 0.9 para 0.63.²³⁸ Isso pode demonstrar que o processo de domesticação da Corte Constitucional húngara ainda não se concretizou inteiramente ou que as mudanças promovidas até o momento foram suficientes para que ela não conseguisse intervir nos planos de Orbán.

Apesar disso, o constitucionalismo iliberal²³⁹ de Orbán tem se mostrado bem-sucedido. Tendo começado tomando emprestado práticas de autocratas que o precederam, Orbán foi capaz de montar seu próprio laboratório da democracia iliberal e exportar práticas para aqueles que buscam replicar o modelo húngaro, como aconteceu na Polônia.²⁴⁰

3.4 Budapeste em Varsóvia: a blitzkrieg polonesa contra a independência judicial

Criada em 1952 – e aprovada pessoalmente por Stalin²⁴¹ –, a Constituição polonesa permaneceu vigente até 1992, quando foi substituída por um documento de transição,²⁴² que por sua vez foi substituído pela atual Constituição, em 1997. Antes uma placa de sinalização ideológica sem reflexo na realidade, a nova Constituição da Polônia passou a abraçar a democracia liberal e seus predicados.²⁴³

Entretanto, ainda durante a decadência do regime soviético, o país passou por transformações importantes no âmbito de sua estrutura constitucional. No decorrer da década

²³⁷ OUR WORLD IN DATA. Liberal democracy index, 2022. **V-Dem** (2023). Disponível em: <https://ourworldindata.org/explorers/democracy?time=latest&country=~TUR&Dataset=Varieties+of+Democracy&Metric=Liberal+democracy&Sub-metric=Main+index+test>. Acesso em: 20 mar. 2024.

²³⁸ OUR WORLD IN DATA. Judicial constraints on the executive index, 2022. **V-Dem** (2023). Disponível em: <https://ourworldindata.org/grapher/judicial-constraints-on-the-executive-index?country=~VEN>. Acesso em: 20 mar. 2024.

²³⁹ O termo é controverso, considerado coerente por alguns como Tímea Drinoczi e Agnieszka Bień-Kacała, e um oxímoro por outros, como Gábor Halmai, Kim Lane Scheppele e Gábor Attila Tóth. Cf. DRINOCZI, Tímea; BIEN-KACALA, Agnieszka. **Illiberal Constitutionalism in Poland and Hungary: The Deterioration of Democracy, Misuse of Human Rights and Abuse of the Rule of Law**. New York: Routledge, 2022. p. 22.

²⁴⁰ SCHEPPELE, Kim L. Autocratic Legalism. **University of Chicago Law Review**, v. 85, iss. 2, p. 545- 583, 2018.

²⁴¹ SADURSKI, Wojciech. **Poland's Constitutional Breakdown**. New York: Oxford University Press, 2019. p. 35.

²⁴² Ibid., p. 41.

²⁴³ According to Sadurski: “It was less a legal document, more an ideological signpost”. Ibid., p. 35.

de 1980, foram estabelecidos uma Suprema Corte administrativa, um escritório oficial de *Ombudsman* e até mesmo um Tribunal Constitucional.²⁴⁴

Como seria de se esperar de uma situação assim, o Tribunal não contava com poderes substantivos. Suas decisões sobre a constitucionalidade de dispositivos legislativos estavam submetidas a posterior exame do Parlamento (*Sejm*), que podia invalidá-las por dois terços de sua Câmara.²⁴⁵

Aproveitando-se do enfraquecimento soviético, no fim da década de 1980, o Tribunal deu seguimento a um agir estratégico, invalidando algumas leis e mantendo o equilíbrio institucional, o que lhe rendeu algum grau de legitimidade – “um ativo necessário para sobreviver ao futuro processo de transformação”, que começaria em 1989 e só terminaria em 1997, com a adoção da Constituição até hoje vigente.²⁴⁶

No período que seguiu a implementação da nova Constituição, o Tribunal fortaleceu sua autoridade ao julgar casos relativos a direitos fundamentais e questões institucionais de independência judicial, tudo isso sem entrar em conflito direto com os demais Poderes constituídos.²⁴⁷ Essa realidade foi alterada em 2005, quando o Partido Lei e Justiça (*Prawo i Sprawiedliwość* - PiS) conquistou o governo polonês pela primeira vez, como explica Lech Garlicki:

A situação tornou-se menos confortável após as eleições parlamentares de 2005, quando a nova maioria do Partido Lei e Justiça (LaJ) lançou um novo projeto que diferia drasticamente dos padrões estabelecidos até então. O conflito político logo se expandiu para a área de interpretação constitucional e, como nem o Tribunal Constitucional nem outros tribunais supremos estavam prontos para ceder, culminou em ataques ao poder judiciário.²⁴⁸

²⁴⁴ SADURSKI, Wojciech. **Poland's Constitutional Breakdown**. New York: Oxford University Press, 2019. p. 35 e 42.

²⁴⁵ GARLICKI, Lech. Constitutional Courts and Politics: The Polish Crisis. In: LANDFRIED, Christine (ed.). **Judicial Power: How Constitutional Courts affect Political Transformations**. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2019, p. 141-162. p. 142.

²⁴⁶ No original: “an asset necessary to survive the future process of transformation”. GARLICKI, Lech. Constitutional Courts and Politics: The Polish Crisis. In: LANDFRIED, Christine (ed.). **Judicial Power: How Constitutional Courts affect Political Transformations**. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2019, p. 141-162. p. 142.

²⁴⁷ Ibid., p. 144.

²⁴⁸ No original: The situation became less comfortable after the 2005 parliamentary elections when the new majority of the Law and Justice Party (LaJ) launched a new project that drastically differed from the hitherto established patterns. The political conflict soon expanded into the area of constitutional interpretation and, as neither the Constitutional Courts nor other supreme courts were ready to yield, it culminated in attacks on the judicial branch”. Ibid., p. 144.

O governo do PiS, sob a liderança de Jarosław Kaczyński, então primeiro-ministro, foi então derrotado em 2007²⁴⁹ com a escolha do opositor Donald Tusk como primeiro-ministro, restaurando o status quo. Por ter sido capaz de demonstrar habilidade para resistir a práticas apoiadas pelo governo, o Tribunal “emergiu da crise com uma autoridade fortalecida”.²⁵⁰ Essa aparente vitória, no entanto, ensinou ao inexperiente PiS algumas lições importantes sobre como implementar mudanças radicais.²⁵¹

Alguns anos mais tarde, durante a eleição presidencial polonesa de maio de 2015, Jarosław Kaczyński, presidente do PiS, esperava uma vitória confortável do então incumbente, Bronisław Komorowski. Não desejando concorrer em tais condições, Kaczyński optou por indicar um jovem político pouco conhecido para concorrer pelo seu partido contra Komorowski. Andrzej Duda, foi o escolhido, um jovem político que havia ocupado alguns cargos de menor relevância.²⁵²

Surpreendentemente, no entanto, uma campanha caótica por parte de Komorowski sagrou Duda vencedor. A isso se somou uma segunda vitória, durante a eleição parlamentar em outubro do mesmo ano. Com um comparecimento de apenas 50,9% dos eleitores, o PiS conseguiu assegurar uma maioria absoluta com apenas 37,5% dos votos (18% do número total de eleitores do país).²⁵³

Essas derrotas consecutivas puseram fim ao período de oito anos de domínio da coalizão de centro-liberal. Contudo, diferentemente do que aconteceu na Hungria, onde o partido de Orbán conquistou dois terços do Parlamento, a maioria formada pelo PiS superava a oposição em apenas cinco cadeiras.²⁵⁴

O caso polonês também se diferencia do de seu vizinho húngaro em outro aspecto: a ausência de uma crise catalisadora. Desde o fim da União Soviética, a Polônia observou sua economia sextuplicar, tendo sido o único país da União Europeia que não sofreu uma recessão

²⁴⁹ Lech Kaczyński, que fundou o PiS com irmão gêmeo de Jarosław, foi presidente da Polônia entre 2005 e 2010, quando veio a falecer. Durante esse período, o PiS contou com dois dos três primeiros-ministros: Kazimierz Marcinkiewicz (outubro de 2005 - julho de 2006) e Jarosław Kaczyński (julho 2006 – novembro 2007).

²⁵⁰ No original: “emerged from the crisis with a strengthened authority”. GARLICKI, op. cit., p. 144.

²⁵¹ SADURSKI, Wojciech. **Poland’s Constitutional Breakdown**. New York: Oxford University Press, 2019. p. 2.

²⁵² Ibid., p. 1.

²⁵³ Ibid., p. 1.

²⁵⁴ O PiS conquistou 235 das 460 cadeiras da Casa Inferior (*Sejm*) e 61 das 100 da Superior (*Senat*). SWEENEY, Richard J. Constitutional conflicts in the European Union: Court packing in Poland versus the United States. **Economics and Business Review**, v. 4, n. 4, p. 3-29, 2018. p. 7.

em decorrência da crise de 2008²⁵⁵ – o que coloca em xeque a lição de que democracias velhas e democracias ricas não morrem, como apontaram Levistky e Ziblatt.²⁵⁶

Apesar dessas diferenças, ambos os países passaram por semelhantes processos de sabotagem de suas democracias. Sadurski aponta que a transformação sofrida pela Polônia foi um golpe inesperado. Ainda no fim de 2015, após as eleições de outubro, o país “testemunhou o início de uma transformação autoritária fundamental: o abandono dos dogmas da democracia liberal, do constitucionalismo e do Estado de direito que até então eram dados como certos”.²⁵⁷

Sob o comando de Kaczyński, líder *de facto* do governo, o PiS repetiu as práticas retiradas diretamente do manual de Orbán:²⁵⁸ i) ataques à mídia; ii) redução de poder da Corte Constitucional; iii) alteração nas regras da comissão eleitoral; iv) tratar a União Europeia como uma entidade hostil.²⁵⁹

As condições não pareciam favorecer planos revolucionários. Primeiro, porque apesar de contar com maioria, o partido não tinha votos suficientes para promover alterações constitucionais. A esse obstáculo se somou uma questão de design constitucional: cabia ao Parlamento indicar juízes para o Tribunal Constitucional. Por fim, em razão do mandato de nove anos desses juízes, o que se esperava era que eles se mantivessem no cargo durante a legislatura vindoura²⁶⁰ – agora dominada pelo PiS.

Entretanto, esses mecanismos se mostraram insuficientes diante da determinação do PiS. O Tribunal foi atacado tanto em sua composição quanto em suas capacidades institucionais.²⁶¹ Como explica Sadurski, as “reformas” começaram sob a dissimulada justificativa de garantir que não houvesse obstáculos legais para a criação de uma economia mais justa.²⁶²

²⁵⁵ SADURSKI, Wojciech. **Poland’s Constitutional Breakdown**. New York: Oxford University Press, 2019. p. 2.

²⁵⁶ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Tyranny of the Minority: Why American Democracy Reached the Breaking Point**. New York: Crown, 2023.

²⁵⁷ No original: “witnessed the beginning of a fundamental authoritarian transformation: the abandonment of dogmas of liberal democracy, constitutionalism, and the rule of law that had been so far taken for granted”. SADURSKI, op. cit., p. 3.

²⁵⁸ SCHEPPELE, Kim L. Autocratic Legalism. **University of Chicago Law Review**, v. 85, iss. 2, p. 545- 583, 2018. p. 552-3.

²⁵⁹ SADURSKI, op. cit., p. 3-4.

²⁶⁰ GARLICKI, Lech. Constitutional Courts and Politics: The Polish Crisis. *In*: LANDFRIED, Christine (ed.). **Judicial Power: How Constitutional Courts affect Political Transformations**. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2019, p. 141-162. p. 142.

²⁶¹ KONCEWICZ, Tomasz Tadeusz. The Capture of the Polish Constitutional Tribunal and Beyond: Of Institution(s), Fidelities and the Rule of Law in Flux. **Review of Central and East European Law**, v. 43, n. 2, p. 116-173, 2018. p. 120-1.

²⁶² SADURSKI, op cit., p. 58.

Até aquele momento, no início da nova legislatura no fim de 2015, o Tribunal Constitucional polonês havia se consagrado como uma instituição de proteção do processo democrático, efetivamente estabelecendo freios aos poderes exercidos pelo Executivo e pelo Legislativo em vários temas. O que não significa que as decisões do Tribunal estivessem imunes a críticas. Sadurski explica que em temas como a separação entre igreja e Estado, liberdade de expressão e de imprensa, bem como proteção de minorias linguísticas, as decisões do Tribunal por vezes se mostravam fracas ou pouco comprometidas com o *enforcement* de dispositivos constitucionais.²⁶³

Ainda assim, em decorrência de sua experiência anterior no governo (2005-07), o PiS não guardava boas lembranças sobre o Tribunal Constitucional, que havia impedido a implementação de muitos de seus planos.²⁶⁴ Isso levou à primeira crise no fim de 2015, quando 5 dos 15 juízes do Tribunal Constitucional terminariam seus mandatos (três em novembro e dois em dezembro).²⁶⁵

Em junho de 2015, antes da eleição parlamentar de outubro daquele ano, a legislatura que caminhava para seu fim – sabendo da provável vitória do PiS – fez uma modificação na lei de regência do Tribunal Constitucional. De forma desonesta,²⁶⁶ a coalizão de centro-liberal praticou jogo duro constitucional (*constitutional hardball*)²⁶⁷ ao antecipar a data de indicação dos cinco juízes, três dos quais deixariam o Tribunal Constitucional ainda durante a legislatura comandada pela aliança de centro-liberal.²⁶⁸ A maioria parlamentar, então, indicou cinco novos juízes (dois dos quais só tomariam posse em dezembro, durante a nova legislatura).²⁶⁹

Na presidência desde agosto daquele ano, Andrzej Duda se recusou a dar posse (*refused to administer the oath of office*) aos cinco novos juízes. A nova legislatura, agora dominada pelo PiS, em uma manobra sem precedentes, declarou inválidas as nomeações e indicou outros cinco juízes, que foram imediatamente empossados pelo presidente da República.²⁷⁰

Como consequência, a oposição questionou o ato perante o Tribunal Constitucional, que decidiu ser da legislatura incumbente a atribuição de preencher a vaga de um juiz que estava

²⁶³ SADURSKI, Wojciech. **Poland's Constitutional Breakdown**. New York: Oxford University Press, 2019. p. 58-9.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 61.

²⁶⁵ GARLICKI, Lech. Constitutional Courts and Politics: The Polish Crisis. *In*: LANDFRIED, Christine (ed.). **Judicial Power: How Constitutional Courts affect Political Transformations**. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2019, p. 141-162. p. 146.

²⁶⁶ SADURSKI, op. cit., 62.

²⁶⁷ TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball. **The John Marshall Law Review**, v. 37, n. 7, p. 523-553, 2004. p. 523.

²⁶⁸ SADURSKI, op. cit., p. 62.

²⁶⁹ GARLICKI, op. cit., p. 146.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 146.

deixando o Tribunal durante o mandato daquela. Isso significava que três das cinco indicações mantinham sua validade. Em outra decisão, no entanto, o Tribunal se recusou a avaliar a validade individual das nomeações, alegando que tal poder estaria fora do escopo do exercício de sua jurisdição.²⁷¹

Duda, apoiado pela maioria do Parlamento, recusou-se a obedecer à ordem do Tribunal, sustentando a validade das novas indicações. Confrontando Duda, o presidente do Tribunal Constitucional decidiu que apenas dois dos juízes indicados pelo “novo” Parlamento – aqueles cuja indicação foi reconhecida como inválida pela legislatura anterior – poderiam ocupar cadeiras no Tribunal. O desfecho desse embate levou a um Tribunal com sua composição debilitada.²⁷²

Então com apenas 12 de suas 15 cadeiras sem contestação, o Tribunal passou a contar com dois grupos de três juízes reivindicando as cadeiras vazias, um grupo indicado pela legislatura anterior e outro indicado pelo PiS. Isso levou o governo a contestar a legitimidade do Tribunal e de seus julgamentos.²⁷³

Os ataques não pararam. Após a tentativa fracassada de *court-packing*, o PiS fez uma nova manobra inédita no continente europeu: recusou-se a dar publicidade aos julgamentos do Tribunal. Alegando erros procedimentais e falta de fundamentação legal, o governo deixou de observar a exigência constitucional de publicização das decisões do Tribunal.²⁷⁴ Ao deliberar sobre a questão no Caso K 47/15, a Comissão de Veneza, órgão consultivo Conselho da Europa em matéria constitucional, considerou essa “omissão” do governo polonês como contrária ao Estado de Direito. Internamente, o Tribunal Constitucional reforçou o dever de publicação de suas decisões, afastando qualquer discricionariedade do governo sobre a matéria.²⁷⁵

Em sua *blitzkrieg* contra o Tribunal Constitucional, o governo aprovou consecutivas leis que afetavam o funcionamento, as competências ou a autoridade daquela instituição. Como consequência, o Tribunal investiu a maior parte de seu tempo no enfrentamento de tais dispositivos, deixando de julgar temas substantivos para se defender. Esse estado persistiu até

²⁷¹ GARLICKI, Lech. Constitutional Courts and Politics: The Polish Crisis. In: LANDFRIED, Christine (ed.). **Judicial Power: How Constitutional Courts affect Political Transformations**. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2019, p. 141-162. p. 147.

²⁷² Ibid., p. 147.

²⁷³ Ibid., p. 147.

²⁷⁴ KONCEWICZ, Tomasz Tadeusz. The Capture of the Polish Constitutional Tribunal and Beyond: Of Institution(s), Fidelities and the Rule of Law in Flux. **Review of Central and East European Law**, v. 43, n. 2, p. 116-173, 2018. p. 121.

²⁷⁵ Ibid., p. 121-2.

o fim de 2016, quando a composição do Tribunal foi finalmente dominada por uma maioria leal ao PiS, que passou a reconhecer a constitucionalidade das leis que aleijavam o Tribunal.²⁷⁶

Em outro front, a independência judicial foi atacada através da domesticação do Conselho Nacional do Judiciário (*Krajowa Rada Sądownictwa* - KRS). Junto ao Poder Executivo, aos presidentes das cortes e dos órgãos de autogoverno judicial, o Conselho Nacional do Judiciário é parte do sistema de governança judicial da Polônia. Criado ainda sob o regime comunista, mas idealizado com poderes independentes durante a transição, o KRS “foi estabelecido como o guardião da separação de poderes e da independência dos tribunais e juízes, e indiretamente para a efetiva realização do direito a um julgamento justo consagrado no Artigo 45 (1) da Constituição”.²⁷⁷ Entre suas competências estão: i) a seleção de juízes para a Suprema Corte; ii) a transferência de juízes entre postos de trabalho; e iii) a adoção de regras sobre ética judicial e sua supervisão.²⁷⁸

Com composição híbrida, o KRS conta com 25²⁷⁹ membros cujos mandatos duram quatro anos. Como explica Anna Śledzińska-Simon, uma decisão emitida pelo Tribunal Constitucional, exigindo a presença física dos membros do KRS para deliberarem, fez com que outros membros do órgão, como o Ministro da Justiça, o Primeiro Presidente da Suprema Corte e o Presidente da Suprema Corte Administrativa não pudessem participar com frequência das longas sessões tratando da avaliação e escolha de juízes. O resultado disso foi a dominação do KRS por representantes do Judiciário.²⁸⁰

Até 2017, o Poder Judiciário dispunha de 15 das 25 cadeiras do KRS. Contudo, a Constituição polonesa não fez qualquer estipulação sobre o igual poder de voto dos juízes parte do órgão no processo de seleção de outros magistrados. Aproveitando-se de um aparente

²⁷⁶ SADURSKI, Wojciech. **Poland’s Constitutional Breakdown**. New York: Oxford University Press, 2019. p. 71-2.

²⁷⁷ No original: “was established as the guardian of the separation of powers and the Independence of courts and judges, and indirectly for the effective realization of the right to a fair trial enshrined in Article 45 (1) of the Constitution”. ŚLEDZIŃSKA-SIMON, Anna. The Rise and Fall of Judicial Self-Government in Poland: On Judicial Reform Reversing Democratic Transition. **German Law Journal**, v. 19, n. 7, p. 1839-1870, dez. 2018. p. 1844 e 1847-8.

²⁷⁸ Ibid., p. 1848.

²⁷⁹ KRS’ composition is as follows: “According to the Constitution, the KRS consists of fifteen judges. The remaining members are the chief justices of the SC and Supreme Administrative Court, the MJ, a representative of the president, four MPs ‘elected by the Sejm’, and two senators ‘elected by the Senate’”. Cf. SADURSKI, op. cit., p. 100.

²⁸⁰ ŚLEDZIŃSKA-SIMON, op cit., p. 1849-50.

problema de representatividade na distribuição das vagas pertencentes ao Judiciário²⁸¹, o PiS começou a promover propaganda contra essa característica do KRS.²⁸²

Após manifestações populares contra iniciativas legislativas para reestruturar o KRS, o presidente Duda, politicamente receoso com a situação, vetou um projeto elaborado pelo PiS. Não demorou, contudo, para que Duda e o PiS concertassem um acordo para retomar o plano de subjugar o KRS.²⁸³

Apesar da ausência de uma previsão constitucional clara de como os juízes membros do KRS deveriam eleitos, o entendimento consolidado era de que caberia ao próprio Judiciário essas indicações. Em decorrência disso, a lei de regência do KRS estabeleceu modelos de eleição distintos para os diferentes setores do Judiciário. Esse dispositivo foi contestado perante o Tribunal Constitucional – agora com maioria controlada pelo PiS –, que reconheceu sua inconstitucionalidade.²⁸⁴

O Tribunal, no entanto, não afastou a ideia de que juízes devem ser eleitos por juízes. Sua decisão apenas impediu a realização de “métodos diferentes de eleições internas do Judiciário em diferentes níveis dos tribunais”.²⁸⁵ Segundo Śledzińska-Simon, isso “deu ao governo uma razão 'legítima' para reformar o processo eleitoral e transferir a autoridade para selecionar membros judiciais dos órgãos que representam o Judiciário para as mãos do Parlamento”.²⁸⁶ Sob o novo sistema, juízes seriam ouvidos apenas na fase de pré-seleção.

O resultado desse processo de erosão constitucional, que além da domesticação do Tribunal Constitucional também concentrou poderes em outros cargos sob o controle o PiS²⁸⁷, levou a avaliação da democracia polonesa cair de 0.81, em 2014, para 0.42 em 2022.²⁸⁸ Assim

²⁸¹ De acordo com Anna Śledzińska-Simon: “[...] 2 members were judges of the Supreme Court; 2 members – the judges of administrative courts; 2 members – the judges of appellate courts; 8 members – the judges of regional and district courts; and, 1 member – a judge of a military court. 51 As a result, judges of higher courts were overrepresented, while the district court judges did not have an adequate number of representatives (for example, in the last term of the NCJ there was only one judge from the district court)”. Ibid., p. 1850.

²⁸² SADURSKI, Wojciech. **Poland’s Constitutional Breakdown**. New York: Oxford University Press, 2019. p. 99.

²⁸³ Ibid., p. 98-99.

²⁸⁴ Ibid., p. 100.

²⁸⁵ No original: “different methods of inter- judiciary elections at different levels of the courts”. Ibid., p. 100.

²⁸⁶ No original: “gave the government a ‘legitimate’ reason to reform the election process and move the authority to select judicial members away from the bodies representing the judiciary and into the hands of the Parliament”. ŚLEDZIŃSKA-SIMON, op cit., p. 1851.

²⁸⁷ For example: the Ministry of Justice has incorporated the functions of the Prosecutor General.

²⁸⁸ OUR WORLD IN DATA. Liberal democracy index, 2022. **V-Dem** (2023). Disponível em: <https://ourworldindata.org/explorers/democracy?time=latest&country=~TUR&Dataset=Varieties+of+Democracy&Metric=Liberal+democracy&Sub-metric=Main+index+test>. Acesso em: 20 mar. 2024.

como a Hungria, entretanto, as métricas sobre o controle judicial sobre o Executivo mantêm-se relativamente altas, apesar de uma queda substantiva (de 0.92, em 2014, para 0.61 em 2022).²⁸⁹

3.5 Sob a sombra do autocrata millennial de El Salvador

Não familiarizado com a governança democrática até os anos 1990, El Salvador passou por cinco décadas de governo militar e 12 anos de guerra civil contra os movimentos guerrilheiros da Frente Farabundo Martí para a Libertação Nacional (*Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional* - FMLN). No entanto, no início da década de 1990, a Aliança Republicana Nacionalista (*Alianza Republicana Nacionalista* – ARENA) e o FMLN decidiram encerrar a guerra civil. Através dos Acordos de Paz de Chapultepec, assinados no México em 1992, ARENA e FMLN buscaram democratizar El Salvador, garantindo o respeito pelos direitos humanos e a reunificação da sociedade.²⁹⁰

Anteriormente excluído do processo eleitoral, o FMLN foi incorporado como um partido oficial, permitindo que os guerrilheiros participassem ativamente na vida política do país. Para assegurar os interesses das elites envolvidas, foram estabelecidas leis eleitorais para reconciliar os interesses de ARENA e do FMLN. Esse processo criou barreiras legislativas que dificultaram o surgimento de novos partidos, tornando o sistema político de El Salvador bipartidário, com ARENA representando a direita do espectro político e o FMLN a esquerda.²⁹¹

Os acordos de paz foram seguidos por leis de anistia, que perdoaram crimes de guerra de ambos os lados do conflito. Manuel Melendez-Sánchez aponta que, apesar de ser um retrocesso na aplicação da justiça de transição,²⁹² a medida facilitou o processo de democratização ao permitir que “líderes de ambos os lados do conflito participassem do novo regime democrático.”²⁹³ Esse arranjo permitiu que El Salvador seguisse uma direção contrária à famosa lição de Von Clausewitz – segundo a qual a guerra é a continuação da política por

²⁸⁹ OUR WORLD IN DATA. Judicial constraints on the executive index, 2022. **V-Dem** (2023). Disponível em: <https://ourworldindata.org/grapher/judicial-constraints-on-the-executive-index?country=~VEN>. Acesso em: 20 mar. 2024.

²⁹⁰ ARNSON, Cynthia J. (ed.). **El Salvador’s Democratic Transition Ten Years After the Peace Accord**. Washington: Woodrow Wilson International Center for Scholars, 2003. p. 1.

²⁹¹ MELENDEZ-SÁNCHEZ, Manuel. Millennial Authoritarianism in El Salvador. **Journal of Democracy**, v. 32, n. 3, p. 19-32, 2021. p. 25.

²⁹² What is not necessarily correct, as amnesties are included among the mechanisms of transitional justice. Cf. DANCY, Geoff et al. Behind Bars and Bargains: New Findings on Transitional Justice in Emerging Democracies. **International Studies Quarterly**, v. 63, iss. 1, p. 99-110, 2019.

²⁹³ No original: “wartime leaders on both sides of the conflict to participate in the new democratic regime”. MELENDEZ-SÁNCHEZ, Manuel. Millennial Authoritarianism in El Salvador. **Journal of Democracy**, v. 32, n. 3, p. 19-32, 2021. p. 25.

outros meios – ao abrir caminho para que ex-combatentes ocupassem posições-chave nos governos subsequentes.²⁹⁴

O resultado dessa transição foi um aumento constante nas classificações democráticas do país, passando de uma autocracia eleitoral em 1991 para uma democracia eleitoral em 2006, de acordo com as métricas do V-Dem. Durante o mesmo período, o Judiciário, anteriormente submisso ao Executivo, também experimentou um aumento gradual e constante em sua independência.²⁹⁵

Na década seguinte aos acordos de paz, El Salvador aprimorou seu respeito pelos direitos humanos, expandiu a participação política e aumentou o controle social sobre as instituições.²⁹⁶ No entanto, como um país pobre em recursos naturais e sem uma costa no Mar do Caribe, El Salvador tornou-se cada vez mais dependente das remessas de dólares enviadas do exterior por cidadãos que emigraram em busca de melhores condições de vida. Diante desses desafios, ARENA e o FMLN não conseguiram propor iniciativas para estimular o crescimento econômico do país.²⁹⁷

Essas dificuldades foram agravadas pelos crescentes níveis de corrupção e violência. Crimes de todos os tipos colocaram El Salvador entre os países com as maiores taxas de criminalidade do mundo. Conforme observado por Forrest Colburn e Arturo Cruz, “[m]esmo atividades cotidianas, como andar de ônibus, podem ser perigosas” em um país assolado pela proliferação descontrolada de gangues.²⁹⁸

A relativa independência institucional dos promotores e tribunais na jovem democracia salvadorenha expôs ainda mais a gravidade da situação. A partir de 2014, pela primeira vez, o país começou a testemunhar investigações de corrupção contra altos funcionários do governo. O ex-presidente Francisco Flores (1999-2004) e seu chefe de gabinete, ambos do Partido Arena, foram presos. Flores morreu dois anos depois, sob prisão domiciliar. Enquanto isso, do lado do FMLN, o ex-presidente Mauricio Funes (2009-2014) buscou asilo na Nicarágua para evitar a prisão.²⁹⁹

²⁹⁴ MELENDEZ-SÁNCHEZ, Manuel. Millennial Authoritarianism in El Salvador. *Journal of Democracy*, v. 32, n. 3, p. 19-32, 2021. p. 25.

²⁹⁵ OUR WORLD IN DATA. Judicial constraints on the executive index, 2022. *V-Dem* (2023). Disponível em: <https://ourworldindata.org/grapher/judicial-constraints-on-the-executive-index?tab=chart&country=~SLV>. Acesso em: 20 mar. 2024.

²⁹⁶ ARNSON, Cynthia J. (ed.). *El Salvador's Democratic Transition Ten Years After the Peace Accord*. Washington: Woodrow Wilson International Center for Scholars, 2003. p. 2.

²⁹⁷ COLBURN, Forrest D.; CRUZ, Arturo. El Salvador's Beleaguered Democracy. *Journal of Democracy*, v. 25, n. 3, p. 149-158, 2014. p.152.

²⁹⁸ No original: “[e]ven everyday activities such as riding a public bus can be dangerous”. Ibid., p. 155-7.

²⁹⁹ MELENDEZ-SÁNCHEZ, op cit., p. 28.

Nesse contexto, confinada às mesmas velhas opções apresentadas por ARENA e FMLN, e amarrada pelo Código Eleitoral de 1992, que dificultava a criação de novos partidos, a população de El Salvador tornou-se cada vez mais insatisfeita com a situação política e social do país. Esse declínio na percepção da representatividade partidária também levou ao descontentamento com o sistema democrático³⁰⁰ – um cenário propício ao florescimento de populistas.

Entra Nayib Bukele. Bukele começou sua carreira política aos 30 anos, sendo eleito prefeito da cidade de Nuevo Cuscatlán pelo FMLN em 2012, cargo que ocupou até 2015, quando foi eleito prefeito da capital do país, San Salvador. Desde o início de sua vida política, Bukele usou as redes sociais, especialmente o Twitter (atualmente X), como ferramentas para projetar sua imagem, prática que eventualmente lhe rendeu o apelido de “presidente millennial.”³⁰¹

Expulso do FMLN em 2017 devido às suas críticas à liderança do partido, Bukele rapidamente aproveitou sua popularidade para criar um novo partido, o Nuevas Ideas. No entanto, as leis eleitorais impediram o partido de lançar um candidato nas eleições presidenciais de 2018, levando Bukele a concorrer pelo Partido Grande Aliança pela Unidade Nacional (*Gran Alianza por la Unidad Nacional - GANA*).³⁰²

Segundo Martin Nilsson, a campanha de Bukele já exibia traços de seu populismo. Com um discurso antipluralista, marcado por manifestações contra as elites e o establishment político, e alegações de falar em nome do povo,³⁰³ Bukele saiu vitorioso das eleições de 2019 com uma vantagem de 21 pontos percentuais sobre seu rival mais próximo, tornando-se “o único candidato que não era de ARENA ou do FMLN a vencer a presidência salvadorenha desde 1984”.³⁰⁴

O comportamento autoritário de Bukele, no entanto, pôde ser observado mesmo antes da eleição de 2019. Melendez-Sánchez observa que, em 2016, Bukele reuniu apoiadores em frente ao escritório do procurador-geral para ameaçá-lo de destituição. Em 2018, antes das

³⁰⁰ MELENDEZ-SÁNCHEZ, Manuel. Millennial Authoritarianism in El Salvador. *Journal of Democracy*, v. 32, n. 3, p. 19-32, 2021. p. 26.

³⁰¹ RUIZ-ALBA, Noelia. The communications strategy via Twitter of Nayib Bukele: the millennial president of El Salvador. *Communication & Society*, v. 33, p. 259-275, 2020.

³⁰² NILSSON, Martin. Nayib Bukele: populism and autocratization, or a very popular democratically elected president? *Journal of Geography, Politics and Society*, v. 12, n. 2, p. 16–26, 2022. p. 19.

³⁰³ Ibid., p. 22-3; MELENDEZ-SÁNCHEZ, op. cit., p. 21.

³⁰⁴ No original: “the only candidate not from Arena or the FMLN to win the Salvadoran president since 1984”. MELENDEZ-SÁNCHEZ, op. cit., p. 21.

eleições de 2019, ele replicou o *modus operandi* de Donald Trump e afirmou que as eleições seriam fraudadas pelas autoridades eleitorais.³⁰⁵

Além desses casos, Melendez-Sánchez mapeou uma série de outros comportamentos de Bukele que se encaixariam nos critérios de Levitsky e Ziblatt para detectar autoritários: i) rejeição (ou fraco compromisso) às regras democráticas do jogo; ii) negação da legitimidade dos oponentes políticos; iii) tolerância ou incentivo à violência; iv) prontidão para restringir as liberdades civis dos oponentes, incluindo a mídia.³⁰⁶ Entre as ações estão a redução de incentivos fiscais para jornais impressos; ataques verbais a meios de comunicação; lançamento de investigações contra sites de notícias; incentivo aos apoiadores para invadirem os escritórios das autoridades eleitorais; rejeição ao reconhecimento da constitucionalidade das decisões judiciais relacionadas ao Executivo.³⁰⁷

Uma das manifestações mais marcantes de autoritarismo ocorreu em fevereiro de 2020, antes da vitória de Bukele nas eleições de 2021, que lhe concedeu uma supermaioria sem precedentes. Naquela ocasião, Bukele usou as forças militares e de segurança para ocupar a Assembleia Legislativa. Uma vez lá dentro, Bukele sentou-se na cadeira reservada ao presidente da legislatura³⁰⁸ e exigiu que os congressistas aprovassem um empréstimo internacional, que seria usado para financiar seu grande plano de reformas socioeconômicas. Entre suas declarações finais, Bukele emitiu um ultimato velado: “[u]ma semana, senhores. Daqui a uma semana, nos encontraremos aqui”.³⁰⁹

Embora a Suprema Corte, que ainda era independente na época, tenha declarado o ato do presidente inconstitucional e ordenado que o presidente se abstinhasse de usar as forças militares para fins políticos,³¹⁰ Bukele continuou a desafiar as normas democráticas. Em outra ocasião, o presidente desafiou a autoridade da Suprema Corte ao anunciar que não cumpriria as decisões de certos julgamentos proferidos pela Câmara Constitucional contra medidas impostas

³⁰⁵ MELENDEZ-SÁNCHEZ, Manuel. Millennial Authoritarianism in El Salvador. *Journal of Democracy*, v. 32, n. 3, p. 19-32, 2021. p. 22.

³⁰⁶ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *How Democracies Die*. New York: Crown, 2018.

³⁰⁷ MELENDEZ-SÁNCHEZ, op. cit., p. 22.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 21.

³⁰⁹ No original: “[a] week, gentlemen. In a week we’ll meet here”. MARTÍNEZ, Carlos. “Ahora creo que está muy claro quién tiene el control de la situación”. *El Faro*, 10 fev. 2020. Disponível em: https://elfaro.net/es/202002/el_salvador/24006/ “Ahora-creo-que-está-muy-claro-quién-tiene-el-control-de-la-situación”.htm. Acesso em: 24 abr. 2024.

³¹⁰ MERINO, Manuel. El Salvador. In: BARROSO, Luís Roberto; ALBERT, Richard (ed.). *The 2020 International Review of Constitutional Reform*. Austin: Program on Constitutional Studies at the University of Texas at Austin; International Forum on the Future of Constitutionalism, 2020, p. 105-108. p. 106.

por Bukele durante a pandemia.³¹¹ Segundo Balkin, eventos dessa natureza são marcadores distintos de crises constitucionais.³¹²

Apesar de tudo isso, as taxas de aprovação de Bukele permaneceram acima de 75% desde que assumiu o cargo em 2019.³¹³ O mesmo não pode ser dito sobre a avaliação da qualidade da democracia em El Salvador, que atingiu seu pico em 2017, com 0,48, e depois entrou em queda livre nos anos seguintes, chegando a 0,11 em 2023.³¹⁴

Ainda em 2020, iniciando o segundo ano de seu mandato de cinco anos, Bukele começou a planejar sua reeleição, embora soubesse que a Constituição de El Salvador contém uma cláusula imutável³¹⁵ que impede o presidente de suceder a si mesmo. Tentando ocultar essa intenção, Bukele anunciou a criação de uma comissão para estudar, discutir e eventualmente propor reformas constitucionais “de acordo com as necessidades atuais da sociedade”.³¹⁶ Essa manobra encontrou críticas tanto na sociedade quanto na academia. No entanto, a situação só mudaria verdadeiramente após as eleições de fevereiro de 2021.

Com a popularidade de Bukele ainda alta, o Nuevas Ideas, seu novo partido, conseguiu eleger 56 deputados. Em uma legislatura com 84 assentos, a vitória do Nuevas Ideas representou a ocupação de 66% das cadeiras da Assembleia. ARENA e FMLN, juntos, garantiram um total de 19 cadeiras, um resultado desastroso para os partidos que governaram o país por quase três décadas.³¹⁷

Agora sob o controle de Bukele, a nova legislatura não perdeu tempo. No mesmo dia em que seus novos membros tomaram posse, a Assembleia Legislativa invocou uma suposta prerrogativa concedida pela Constituição para desferir um grande golpe na independência

³¹¹ ARAUZ, Sergio. Nayib Bukele anuncia que no acatará órdenes de la Sala de lo Constitucional. **El Faro**, 15 abr. 2020. Available at: https://elfaro.net/es/202004/e1_salvador/24296/Nayib-Bukele-anuncia-que-no-acatará-órdenes-de-la-Sala-de-lo-Constitucional.htm. Accessed in 25 abr. 2024.

³¹² BALKIN, Jack M. Constitutional Crisis and Constitutional Rot. **Maryland Law Review**, v, 77, n. 605, p. 101-117, 2017. p. 102.

³¹³ GALDAMEZ, Eddie. President Nayib Bukele’s Approval Rating! What’s Behind the President’s Popularity? **El Salvador Info**, 19 abr. 2024. Disponível em: <https://elsalvadorinfo.net/nayib-bukele-approval-rate/>. Acesso em: 24. abr. 2024.

³¹⁴ The declines in democratic indices occurred as follows: 0.44 (2018), 0.43 (2019), 0.35 (2020), 0.19 (2021) e 0.15 (2021). Cf. NORD, Marina et al. **Democracy Report 2024: Democracy Winning and Losing at the Ballot**. University of Gothenburg: V-Dem Institute, 2024. p. 63.

³¹⁵ Article 248: Under no circumstances, may the articles of this Constitution, which refer to the form and system of government, to the territory of the Republic, and to the principle that a President cannot succeed himself (alternabilidad), be amended.

³¹⁶ MERINO, Manuel. El Salvador. In: BARROSO, Luís Roberto; ALBERT, Richard (ed.). **The 2020 International Review of Constitutional Reform**. Austin: Program on Constitutional Studies at the University of Texas at Austin; International Forum on the Future of Constitutionalism, 2020, p. 105-108. p. 106.

³¹⁷ MELENDEZ-SÁNCHEZ, Manuel. Millennial Authoritarianism in El Salvador. **Journal of Democracy**, v. 32, n. 3, p. 19-32, 2021. p. 19.

institucional de El Salvador: a destituição de todos os juízes da Câmara Constitucional da Suprema Corte,³¹⁸ bem como do procurador-geral.³¹⁹

Composta por 15 juízes, a Suprema Corte de El Salvador inclui 4 câmaras: i) a Câmara Constitucional, com 5 juízes; ii) a Câmara Civil, com 3 juízes; iii) a Câmara Criminal, com juízes; e iv) a Câmara de Contencioso-Administrativo. Bukele e seus aliados na Assembleia Legislativa colocaram 5 novos juízes na Câmara Constitucional. Além disso, em agosto de 2021, também foram aprovadas leis para remover juízes de tribunais inferiores com mais de 60 anos de idade.³²⁰ Juntos, esses ataques ao Judiciário contribuíram para que o índice de independência judicial do país despencasse de 0,5 (2020) para 0,11 (2021).³²¹

Embora essas mudanças possam parecer erradas, Nilsson argumenta que elas estão dentro da ordem constitucional de El Salvador. O problema, segundo ele, reside no desenho institucional do país, que não considerou a possibilidade de um único partido ou coalizão controlar simultaneamente a presidência e dois terços da Legislatura.³²²

Agora domesticada, a Câmara Constitucional foi utilizada para aprofundar ainda mais a permanência de Bukele na presidência. Em setembro de 2021, a Câmara Constitucional decidiu que Bukele poderia concorrer à reeleição. Aqui é onde as coisas começam a ficar um pouco complicadas. Para Nilsson, embora a Constituição de El Salvador tenha sido projetada para promover a alternância de poder, existem brechas em seu texto. Nesse sentido, o Artigo 154, que estabelece: “O mandato presidencial será de cinco anos, e começará e terminará no dia primeiro de junho, sem que a pessoa que exerceu a Presidência possa continuar em suas funções por mais um dia”; quando lido em conjunto com o Artigo 152, que estipula: “[Não poderão ser candidatos à Presidência da República:] 1º. Aquele que tiver exercido a Presidência da República por mais de seis meses, consecutivos ou não, durante o período imediatamente anterior ou nos últimos seis meses anteriores ao início do mandato presidencial [...]” permite a

³¹⁸ MERINO, Manuel. El Salvador. In: BARROSO, Luís Roberto; ALBERT, Richard (ed.). **The 2021 International Review of Constitutional Reform**. Austin: Program on Constitutional Studies at the University of Texas at Austin; International Forum on the Future of Constitutionalism, 2020. p. 81-83. p. 81.

³¹⁹ MELENDEZ-SÁNCHEZ, Manuel. Millennial Authoritarianism in El Salvador. **Journal of Democracy**, v. 32, n. 3, p. 19-32, 2021. p. 19.

³²⁰ GELLMAN, Mneasha. The Democracy Crisis in El Salvador: An Overview (2019-2022). **CeMeCA's Regional Expert Paper Series**, No. 4, p. 1-16, 2022. p. 8.

³²¹ OUR WORLD IN DATA. Judicial constraints on the executive index, 2022. **V-Dem** (2023). Disponível em: <https://ourworldindata.org/grapher/judicial-constraints-on-the-executive-index?tab=chart&country=~SLV>. Acesso em: 20 mar. 2024.

³²² NILSSON, Martin. Nayib Bukele: populism and autocratization, or a very popular democratically elected president? **Journal of Geography, Politics and Society**, v. 12, n. 2, p. 16-26, 2022. p. 20.

interpretação de que o presidente pode renunciar alguns meses antes da reeleição e tornar-se elegível para a próxima eleição.³²³

Apesar de apresentar esse cenário, Nilsson argumenta que a intenção de Bukele é inaceitável, pois o objetivo da Constituição era estabelecer mandatos presidenciais únicos. Além disso, a própria Suprema Corte tinha um precedente estabelecendo um período de 10 anos antes que um ex-presidente pudesse concorrer novamente.³²⁴ Diante desse cenário, uma interpretação leniente da situação facilmente concluiria que a nova decisão da Suprema Corte retrata uma prática de jogo duro constitucional (*constitutional hardball*).³²⁵ No entanto, considerando os cânones constitucionais da Constituição salvadorenha, é razoável afirmar que a Suprema Corte se envolveu no que Richard Albert chamaria de desmembramento constitucional.³²⁶

A autocratização de El Salvador continuou nos anos seguintes. Protestos populares contra o governo foram reprimidos, jornalistas foram alvos de uma operação de spyware Pegasus,³²⁷ e o governo de Bukele iniciou um processo de encarceramento em massa que colocou mais de 70.000 pessoas na prisão por supostamente terem conexões com a violência das gangues ou por terem certas tatuagens. Em março de 2022, para combater as altas taxas de criminalidade do país, Bukele declarou estado de emergência, um instrumento cujo uso é questionável para o propósito alegado, segundo Graute.³²⁸

Em 2024, o Ministro da Justiça e Segurança, Gustavo Villatoro, afirmou que os homicídios caíram mais de 70%, reduzindo a taxa de assassinatos por 100.000 habitantes de quase 106 (2015) para 2,4 (2023).³²⁹ Além de ser uma alegação de veracidade duvidosa, dado o caráter astuto das autocracias, demonstra a essência do iliberalismo, ao acreditar que a suposta segurança para o país pode ser alcançada através do desrespeito generalizado aos direitos fundamentais da população.

³²³ NILSSON, Martin. Nayib Bukele: populism and autocratization, or a very popular democratically elected president? *Journal of Geography, Politics and Society*, v. 12, n. 2, p. 16–26, 2022. p. 21.

³²⁴ *Ibid.*, p. 21.

³²⁵ TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball. *The John Marshall Law Review*, v. 37, n. 7, p. 523-553, 2004.

³²⁶ ALBERT, Richard. *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions*. New York: Oxford University Press, 2019.

³²⁷ GELLMAN, Mneasha. The Democracy Crisis in El Salvador: An Overview (2019-2022). *CeMeCA's Regional Expert Paper Series*, No. 4, p. 1-16, 2022. p. 8.

³²⁸ GRAUTE, Lukas. A Second Term for “the World’s coolest Dictator”? *Verfassungsblog*, 14 nov. 2023. Available at: <https://verfassungsblog.de/a-second-term-for-the-worlds-coolest-dictator/>. Accessed in 25 abr. 2024.

³²⁹ EL SALVADOR SAYS murders fell 70% in 2023 as it cracked down on gangs. *Reuters*, 3 jan. 2024. Available at: <https://www.reuters.com/world/americas/el-salvador-says-murders-fell-70-2023-it-cracked-down-gangs-2024-01-03/#:~:text=Americas-,El%20Salvador%20says%20murders%20fell%2070%25%20in%202023,it%20cracked%20down%20on%20gangs>. Accessed in 25 abr. 2024.

No final de 2022, Bukele começou a defender duas propostas, buscando reduzir tanto o número de municípios do país quanto o número de cadeiras na Assembleia Legislativa. Após alguma resistência da oposição, ambas as propostas foram aprovadas em junho de 2023. Como resultado, o número de assentos na Assembleia Legislativa caiu de 84 para 60 e o número de municípios foi cortado de 262 para 44.³³⁰ A medida representa uma clara manobra de manipulação eleitoral que contribuirá para a perpetuação de Bukele no poder.

Em 2024, sem obstáculos para sua nova candidatura, Bukele foi reeleito com mais de 80% dos votos do país³³¹ – se é que podemos chamar de eleição uma disputa em condições assim.

3.6 O confronto constitucional de Israel

Quando, em março de 2024, o relatório anual do V-Dem colocou Israel entre as democracias eleitorais pela primeira vez em 50 anos, a notícia já vinha acompanhada de outra em sentido oposto: a decisão da Suprema Corte de Israel (*Beit haMishpat haElyon*), de 1º de janeiro, que derrubava a reforma judicial do governo Netanyahu. A compreensão desse embate, contudo, passa por um estudo sobre a estrutura constitucional de Israel.

Estabelecido como um Estado Judeu, Israel foi criada em 1948. Em sua Declaração de Independência, declarou-se que o regime israelense seria estruturado sob uma constituição. O documento, entretanto, nunca foi formalmente confeccionado. Segundo Hanna Lerner, desacordos políticos sobre seu conteúdo, bem como sobre a forma como deveria ser criada, levaram a um impasse político. Nesse contexto, incapaz de chegar a um consenso sobre diversas questões – especialmente a polarização entre suas alas secularistas e religiosas –, o *Knesset* adotou uma postura incrementalista³³² e decidiu implementar o projeto constitucional de forma gradual, por meio de Leis Fundamentais.³³³

Até o início da década de 1990, o *Knesset* aprovou nove Leis Fundamentais, dedicadas sobretudo a questões institucionais e de organização do Estado, temas que despertavam poucos

³³⁰ FREEDOM HOUSE. **El Salvador**. Available at: <https://freedomhouse.org/country/el-salvador/freedom-world/2024>. Accessed in 25 abr. 2024.

³³¹ SHERIDAN, Mary Beth; ESCOBAR, Carmen Valeria. ‘World’s coolest dictator’ reelected in El Salvador: What to know. **The Washington Post**, 4 fev. 2024. Available at: <https://www.washingtonpost.com/world/2024/02/03/el-salvador-election-nayib-bukele/>. Accessed in 25 abr. 2024.

³³² LERNER, Hanna. **Making Constitutions in Deeply Divided Societies**. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 51-2.

³³³ ROZNAI, Yaniv. Israel: A Crisis of Liberal Democracy? *In*: GRABER, Mark A.; LEEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). **Constitutional Democracy in Crisis?** New York: Oxford University Press, 2018, p. 355-375. p. 358.

desacordos, segundo Lerner.³³⁴ Esse cenário começaria a mudar em 1992, quando finalmente foram aprovadas duas Leis Fundamentais tratando de direitos humanos: a primeira sobre dignidade e liberdade; e a segunda sobre liberdade de ocupação. Os dispositivos estabeleciam limites aos poderes do Parlamento (*Knesset*), além da garantia de suas aplicações por meio de robustos poderes de *judicial review*. Isso deu início ao período que ficou conhecido como “revolução constitucional”.³³⁵

Três anos depois, a Suprema Corte julgou *United Mizrahi Bank v. Migdal Cooperative Village*. Sob a presidência de Ahron Barak, um dos grandes responsáveis pela expansão judicial israelense, a Corte aprofundou sua revolução constitucional. Segundo Gideon Sapir, a Corte aproveitou-se desses dispositivos para “criar uma Carta de Direitos completa”,³³⁶ reconhecendo que (i) as Leis Fundamentais possuíam um status normativo constitucional superior às leis ordinárias e (ii) que a Corte teria autoridade para invalidar leis incompatíveis com elas. Para Roznai, essa “extensive interpretation of the rights protected in the basic law together with a broad right of standing before the court and minimal justiciability restrictions”, garantiu à Corte uma situação de igualdade aos Poderes Políticos, algo antes inexistente.³³⁷

Com essa transformação, Israel deixou de ser um sistema de supremacia legislativa – marcado pela última palavra do Parlamento sobre aspectos constitucionais – e ingressou na era dos diálogos constitucionais³³⁸, agora cabendo à Suprema Corte a atribuição de dar a última palavra provisória sobre tais questões.

Em casos que sucederam *United Mizrahi Bank v. Migdal Cooperative Village*, a Suprema Corte israelense continuou expandindo seus poderes. Em uma interpretação ampla, reconheceu aspectos do direito à igualdade e à liberdade de expressão como inerentes à dignidade humana, garantindo status constitucional a esses direitos que haviam sido intencionalmente excluídos das Leis Fundamentais de 1992. Além disso, desenvolveu a doutrina da razoabilidade, parâmetro de análise que permite à Corte avaliar questões de mérito político de decisões governamentais.³³⁹

³³⁴ LERNER, Hanna. **Making Constitutions in Deeply Divided Societies**. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 71.

³³⁵ ROZNAI, Yaniv. Israel: A Crisis of Liberal Democracy? In: GRABER, Mark A.; LEEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). **Constitutional Democracy in Crisis?** New York: Oxford University Press, 2018, p. 355-375. 358.

³³⁶ No original: “creating a full-fledged Bill of Rights”. SAPIR, Gideon, Constitutional revolutions: Israel as a case-study. **International Journal of Law in Context**, v. 5, n. 4. p. 355–378, 2009. p. 355.

³³⁷ ROZNAI, op cit., p. 358.

³³⁸ Para aprofundamento sobre o tema, conferir: MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. New York: Oxford University Press, 2013.

³³⁹ ROZNAI, op. cit., p. 359.

Esses fatores levaram a Suprema Corte de Israel a ser considerada uma das mais ativistas do mundo.³⁴⁰ Segundo Roznai, essas críticas a uma postura iluminista da Corte, que buscava promover valores universais em detrimento da vontade do povo, foram intensificadas por reclamações sobre a composição homogênea de seus juízes.³⁴¹ Explicando esta última questão, Ran Hirschl afirmou que:

[...] juristas que frequentam a ópera e são assinantes do Ha'aretz, cujas mães falavam iídiche e que possuem um ou dois apartamentos em bairros de alto padrão têm muito mais chances de serem nomeados para a Suprema Corte do que aqueles que celebram a Mimosna (uma festa judaica do Norte da África), usam Tefillin (filactérios) todas as manhãs da semana, falam árabe fluentemente, nasceram na ex-União Soviética ou têm um parente próximo abaixo da linha da pobreza. Acontece que mais de dois terços do eleitorado israelense se enquadra em pelo menos uma dessas categorias.³⁴²

Como consequência disso, tentativas de restringir os poderes da Corte começaram a brotar. Doron Navot e Yoav Peled explicam que a primeira delas foi notada em 2007-2008, poucos anos após a aposentadoria compulsória de Barak, por iniciativa do então ministro da Justiça, Daniel Friedman.³⁴³ Isso começou uma tendência que ganhou força a partir de 2015, sob o segundo governo de Benjamin Netanyahu.³⁴⁴

Bibi, como é conhecido Netanyahu, foi primeiro-ministro de Israel por mais de 15 anos fracionados entre três períodos (1996-1999, 2009-2021 e 2022-presente). Entretanto, segundo

³⁴⁰ Menachem Mautner inicia o prefácio de seu livro da seguinte forma: “This book tells the story of the Supreme Court widely regarded as the most activist in the world”. MAUTNER, Menachem. **Law & The Culture of Israel**. New York: Oxford University Press, 2011. p. ix; Richard Posner comparou o trabalho de expansão dos poderes judiciais realizado por Aharon Barak ao de John Marshall. Barak foi presidente da Suprema Corte israelense entre 1995-2006 e responsável por grande parte da revolução constitucional, ao de John Marshall. POSNER, Richard A. Enlightened Despot. **The New Republic**, 23 abr. 2007. Disponível em: <https://newrepublic.com/article/60919/enlightened-despot>. Acesso em: 15 abr. 2024. Robert Bork referiu-se ao trabalho de Barak da seguinte forma: “In a word, Barak’s court can turn ordinary legislation into a constitution, force it on the nation, and then announce that it can prevent any democratic amendment. In this, Barak surely establishes a world record for judicial hubris”. BORK, Robert H. Barak's Rule. **Azure**, n. 27, Winter 5767 / 2007. Disponível em: <https://azure.org.il/include/print.php?id=34>. Acesso em: 15 abr. 2024.

³⁴¹ ROZNAI, Yaniv. Israel: A Crisis of Liberal Democracy? In: GRABER, Mark A.; LEEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). **Constitutional Democracy in Crisis?** New York: Oxford University Press, 2018, p. 355-375. p. 360.

³⁴² No original: “[...] jurists who are Opera-goers and Ha'aretz subscribers, whose mothers knew Yiddish, and who own an apartment or two in an upscale neighborhood are much more likely to get appointed to the Supreme Court than those who celebrate the Mimosna (a Northern- African Jewish feast), wear Tefillin (phylacteries) every weekday morning, speak fluent Arabic, were born in the former Soviet Union, or have a close family relative under the poverty line. As it happens, over two-thirds of the Israeli electorate falls into at least one of these categories”. HIRSCHL, Ran. The Socio-Political Origins of Israel’s Juristocracy. **Constellations**, v. 16, n. 3, p. 476–492, 2009. p. 487.

³⁴³ NAVOT, Doron; PELED, Yoav. Towards a Constitutional Counter-Revolution in Israel? **Constellations**, v. 16, n. 3, p. 429-444, 2009. p. 429.

³⁴⁴ SOBREIRA, David. Como os Tribunais morrem: o caso de Israel (entrevista: Yaniv Roznai). **JOTA**, 24 mar. 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/como-os-tribunais-morrem-o-caso-de-israel-24032023>. Acesso em: 14 mar. 2024.

Roznai, diferentemente do que ocorreu em seu primeiro mandato, em 2015 sua coalizão de Netanyahu formava “o governo mais à direita da história da nação, defendendo valores nacionais, tradicionais e religiosos, e a integridade territorial de Israel”.³⁴⁵ Em decorrência disso, propostas de leis reduzindo poderes dos *gatekeepers*, entre eles a Suprema Corte, passaram a ser apresentadas no *Knesset*.

O processo legislativo do *Knesset* possui uma característica singular entre as demais democracias do mundo: por não dispor de uma constituição estabelecendo procedimentos diferenciados para a aprovação de leis ordinárias e de Leis Fundamentais, o exercício do poder constituinte se confunde com o do poder constituído.³⁴⁶ Isso significa que uma norma de natureza constitucional pode ser alterada pela maioria absoluta dos membros do Legislativo – desde que sejam respeitados os limites materiais criados pela Suprema Corte.

Essa contrarrevolução, pretendida por Netanyahu e sua coalização, conta com diferentes frentes de confronto. Ao mesmo tempo que tentam reduzir a autoridade da Suprema Corte no exercício do *judicial review* e o acesso a ela, buscam também alterar a forma de votação do comitê de seleção judicial e o critério de senioridade na escolha do presidente da Corte. Uma dessas medidas foi uma proposta de Basic Law que, entre seus dispositivos, buscava limitar o exercício do *judicial review* à Suprema Corte, impedindo que demais cortes pudessem fazer uso desse poder. Concordo com a conclusão de Roznai que esse elemento, por si só, não é problemático, mas quando somado às demais normas da proposta as cores do ataque ficam mais claras. Isso, porque as demais cláusulas restringiriam severamente as capacidades institucionais da Suprema Corte, como uma cláusula que exige uma supermaioria da Corte para invalidar leis e outra que confere ao *Knesset* o poder de derrubar decisões da Corte por maioria simples. Esse conjunto de propostas foi apresentado pelo governo Netanyahu sob a justificativa de que a “constitutional revolution is a crack in Israeli democracy, which must be corrected”.³⁴⁷

Em dezembro de 2022, após ter deixado o governo por pouco mais de um ano em meados de 2021, Netanyahu foi novamente eleito primeiro-ministro de Israel. Ainda contando com uma coalizão (64 dos 120 membros do *Knesset*) de direita nacionalista, Netanyahu agora se encontrava diante de processos sobre corrupção e fraude que o colocavam em risco. A soma

³⁴⁵ No original: “o most right-wing government in the nation’s history pushing for national, traditional, and religious values, and the territorial integrity of Israel”. ROZNAI, Yaniv. Israel: A Crisis of Liberal Democracy? In: GRABER, Mark A.; LEEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). **Constitutional Democracy in Crisis?** New York: Oxford University Press, 2018, p. 355-375. p. 362.

³⁴⁶ LERNER, Hanna. **Making Constitutions in Deeply Divided Societies**. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 56.

³⁴⁷ ROZNAI, Yaniv. Israel: A Crisis of Liberal Democracy? In: GRABER, Mark A.; LEEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). **Constitutional Democracy in Crisis?** New York: Oxford University Press, 2018, p. 355-375. p. 363-4 e 370.

desses fatores fez com que o novo governo retomasse com mais vigor o projeto de enfraquecer – ou domesticar – a Suprema Corte.³⁴⁸

De acordo com Roznai, Dixon e Landau, já em janeiro de 2023, o pelo ministro da Justiça Yariv Levin, durante uma conferência de imprensa especial, anunciou um conjunto de reformas legais. A primeira delas seria um pacote com seis eixos, cinco dos quais estabeleciam limites substantivos à autoridade da Suprema Corte e das demais cortes, além de alterar a forma pela qual juízes são escolhidos.³⁴⁹

O primeiro ponto da reforma apresentada restringia o exercício do *judicial review*. Tendo em vista que todos os tribunais do país poderiam, de forma difusa, exercer o controle sobre atos do Executivo e Legislativo, a proposta pretendia centralizar o poder *do judicial review* na Suprema Corte. Apesar de parecer uma proposta razoável, sua execução estava longe disso. Com as mudanças, o exercício do *judicial review* a composição total (*full bench*) da Corte (15 membros) e a invalidação de uma lei só poderia ocorrer pela supermaioria de 12 membros.³⁵⁰

O segundo elemento retirava do Judiciário o poder de avaliar a constitucionalidade de Leis Fundamentais. A jurisprudência da Suprema Corte já havia reconhecido que a atuação do *Knesset*, ainda que na confecção de Leis Fundamentais, não poderia violar os “valores fundamentais do Estado como um Estado judeu e democrático” – o que representa a criação de uma espécie de cláusula imutável implícita por parte da Corte. Dessa forma, remover a autoridade da Corte de revisar Leis Fundamentais, além de submeter a população à vontade parlamentar sem controle efetivo, mostra-se incompatível com o constitucionalismo moderno.³⁵¹

Na terceira parte, a proposta introduziria no sistema jurídico uma cláusula de superação (*override clause*) das decisões da Suprema Corte. Se aprovada, a proposta permitiria que uma maioria absoluta do *Knesset* (61 dos 120 membros) pudesse superar uma decisão de inconstitucionalidade proferida pela Suprema Corte, reestabelecendo o dispositivo. Tomada em conjunto com a exigência de uma supermaioria para invalidação de leis, essa medida esvaziaria

³⁴⁸ SOBREIRA, David. Como os Tribunais morrem: o caso de Israel (entrevista: Yaniv Roznai). **JOTA**, 24 mar. 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/como-os-tribunais-morrem-o-caso-de-israel-24032023>. Acesso em: 14 mar. 2024.

³⁴⁹ ROZNAI, Yaniv; DIXON, Rosalind; LANDAU, David E. Judicial Reform or Abusive Constitutionalism in Israel. **Israel Law Review**, v. 56, 292–304, 2023. p. 295.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 295.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 295.

o poder da Corte, “colocando em risco direitos e liberdades fundamentais e concedendo ao Executivo poderes absolutos”, dado o sistema parlamentarista de Israel.³⁵²

O quarto elemento aboliria parâmetro da razoabilidade para análise de medidas administrativas. A razoabilidade é um *standard* utilizado pela Suprema Corte de Israel na análise de todas as ações administrativas. Segundo Roznai, Dixon e Landau, apesar de, na prática, a Corte apenas intervir em casos extremos, essa amplitude do *standard* garante a ela um amplo espaço de intervenção. O que parece ser o problema, aos olhos do Executivo, é o uso da razoabilidade para fundamentar a intervenção da Corte no processo de nomeação, especialmente de ministros.³⁵³

O quinto item pretendia reformar o comitê de seleção de juízes. A seleção de juízes para a Suprema Corte de Israel é feita por um comitê de nove membros, sendo dois deles parlamentares do *Knesset*; três juízes da Suprema Corte; dois ministros; e dois membros da Ordem dos Advogados de Israel. O escolha deve ser feita por uma maioria qualificada de 7 dos 9 membros, um desenho que garante tanto ao Legislativo quanto à Corte poderes de veto, forçando uma composição de vontades para a seleção. Pela proposta inicial, uma coalização parlamentar (controlada pelo governo) passaria a ter a atribuição de nomear juízes para a Suprema Corte. Essa ideia sofreu modificações e acabou como uma previsão de apontamento de dois juízes, por mandato, de forma unilateral.³⁵⁴

Por fim, em seu sexto elemento, a proposta reformulava o processo de nomeação consultores jurídicos governamentais e ministeriais, removendo a atribuição de realização do processo por um comitê independente e transformando-a em um sistema de nomeação pessoal – além de reduzir a autoridade desses agentes de vinculante para não-vinculante.³⁵⁵

O resultado da apresentação dessas propostas foi uma onda sem precedentes de protestos. A população de Israel tomou as ruas repetidamente contra a nova proposta do governo de aleijar a Suprema Corte.³⁵⁶ Milhares de pessoas, acadêmicos e até mesmo setores da elite econômica do país se mostraram contra a aprovação da emenda à Lei Fundamental.³⁵⁷ Em

³⁵² No original: “put at risk fundamental rights and freedoms and would grant the executive absolute powers”. *Ibid.*, p. 295-6.

³⁵³ ROZNAI, Yaniv; DIXON, Rosalind; LANDAU, David E. Judicial Reform or Abusive Constitutionalism in Israel. *Israel Law Review*, v. 56, 292–304, 2023. p. 296.

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 296.

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 296.

³⁵⁶ AMICHAY, Rami. Israel protests flare over Netanyahu's new Supreme Court bill. *Reuters*, 11 jul. 2023. Disponível em: <https://www.reuters.com/world/middle-east/protesters-block-israel-highways-over-new-supreme-court-bill-2023-07-11/>. Acesso em: 16 abr. 2024.

³⁵⁷ SOBREIRA, David. Como os Tribunais morrem: o caso de Israel (entrevista: Yaniv Roznai). *JOTA*, 24 mar. 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/como-os-tribunais-morrem-o-caso-de-israel-24032023>. Acesso em: 14 mar. 2024.

entrevista, o professor Yaniv Roznai falou do trabalho realizado por acadêmicos na defesa da Suprema Corte de Israel:

Acredito que parte da vantagem que vimos em termos do tamanho e intensidade dos protestos se deve às lições que aprendemos com o que aconteceu na Polônia e na Hungria. Como estudiosos do direito constitucional, vimos a erosão democrática ocorrer em outros países e fomos rápidos em reconhecer os sinais de alerta. Nos últimos três meses, temos feito um trabalho incrível para conscientizar a população sobre as possíveis implicações da reforma proposta. Demos palestras pro bono em todo o país, em residências particulares, escolas e empresas de alta tecnologia. Demos entrevistas na mídia, tanto em Israel quanto no exterior, e produzimos vídeos curtos para compartilhar no YouTube, TikTok e outras plataformas de mídia social. Todo esse trabalho foi feito para educar o público sobre as mudanças propostas e seu impacto potencial.^{358 359}

Apesar de todos esses esforços da sociedade civil, o governo procedeu com seus planos e, no fim de julho de 2023, aprovou a Emenda Número 3 à Lei Fundamental. Ela impede que aqueles investidos de autoridade judicial, utilizando como base a razoabilidade, deliberem sobre casos ou concedam liminares contra o governo, seus ministros e o primeiro-ministro. A previsão se estende a decisões de indicações para cargos e do não exercício de autoridade.³⁶⁰

Segundo Mordechai Kremnitzer, a interpretação dessa emenda deve ser feita levando em consideração a tentativa de domesticação da Suprema Corte pelo poder político. A pretensão do governo é se livrar do *judicial review*, conferindo ao Executivo, na prática, poder ilimitado, o que tem o potencial de beneficiar o governo de diversas formas: i) beneficiar Netanyahu em seu julgamento sobre corrupção; ii) retirar freios à corrupção governamental; iii) permitir que a coalização do governo atinja seus objetivos de ocupação de territórios palestinos; iv) suprimir

³⁵⁸ No original: I believe that part of the advantage we have seen in terms of the size and intensity of the protests is due to the lessons we have learned from what happened in Poland and Hungary. As constitutional scholars, we have seen democratic erosion occur in other countries and we have been quick to recognize the warning signs. In the past three months, we have been doing an incredible amount of work to raise awareness about the potential implications of the proposed reform. We have given pro bono lectures all around the country, in private homes, schools, and high-tech companies. We have given interviews in the media, both in Israel and abroad, and have produced short videos to share on YouTube, TikTok, and other social media platforms. All of this work has been done to educate the public about the proposed changes and their potential impact”. SOBREIRA, David. Como os Tribunais morrem: o caso de Israel (entrevista: Yaniv Roznai). **JOTA**, 24 mar. 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/como-os-tribunais-morrem-o-caso-de-israel-24032023>. Acesso em: 14 mar. 2024.

³⁵⁹ For more information on the work developed by the academic community in Israel in defense of the Supreme Court. Cf. BAR-SIMAN-TOV, Ittai et al. Scholactivism in the Service of Counter-populism: The Case of the Constitutional Overhaul in Israel. **International Journal of Constitutional Law** (forthcoming).

³⁶⁰ KREMNITZER, Mordechai. Releasing the Government from Acting Reasonably; or, the Government Says Goodbye to Reasonableness. **Israel Law Review**, v. 56, p. 343–354, 2023. p. 344.

as fundações liberais do Estado de Israel e estabelecer uma supremacia de judeus; e v) garantir o apoio dos ultraortodoxos isentando-os do serviço militar obrigatório.³⁶¹

Kremnitzer defende que, ao desenhar regras de aplicação do *judicial review*, o *Knesset* está estabelecendo os padrões para seus próprios atos – o que revela um conflito de interesses subjacente.³⁶² Dessa forma, ao remover parte do controle exercido pela Suprema Corte, a Emenda cria uma fissura na separação de poderes, “the baseline constitutional strategy for suppressing self-interested decisionmaking”.³⁶³

Moreover, a doutrina da razoabilidade desempenha um papel crucial no sistema constitucional israelense. Por razoável, entende-se que os atos do Executivo devem ser autorizados por lei. “Essa autorização inclui o dever de os funcionários públicos perseguirem os objetivos que fundamentam a lei autorizadora de acordo com o equilíbrio correto entre eles.”³⁶⁴ Segundo Kremnitzer, essa autorização legal implica que oficiais públicos: atuem: i) de boa-fé em defesa do interesse público; e ii) com responsabilidade, diligência e bom senso em seus julgamentos. Este segundo dever impõe que as decisões públicas levem em conta “todas as considerações relevantes (e nenhuma outra consideração)”.³⁶⁵

Nesse contexto, a razoabilidade desempenha duas funções. A primeira avalia se o processo de deliberação de uma decisão governamental foi adequado, o que não significa necessariamente que a decisão tomada está correta, mas se estava no campo do esperado por um oficial público médio. Em sua segunda função, conectada à exigência de boa-fé, a razoabilidade atua como mecanismo de controle dos resultados de decisões públicas. Não se trata, portanto, de analisar os motivos particulares dos tomadores de decisão, mas os efeitos práticos que seus atos trarão para o sistema.³⁶⁶

No campo das indicações de oficiais públicos, a razoabilidade atua como limite à arbitrariedade do governo, que não pode preencher cargos com pessoas tecnicamente desqualificadas, condenadas pela Justiça ou que “given their shady background, would never be hired for a job in the private sector or a junior post in a properly managed civil service”.³⁶⁷ Ao mesmo tempo, a razoabilidade garante que candidatos de grupos marginalizados – como

³⁶¹ KREMNITZER, Mordechai. Releasing the Government from Acting Reasonably; or, the Government Says Goodbye to Reasonableness. **Israel Law Review**, v. 56, p. 343–354, 2023. p. 344.

³⁶² *Ibid.*, p. 345.

³⁶³ VERMEULE, Adrian. Veil of Ignorance Rules in Constitutional Law. **The Yale Law Journal**, v. 111, n. 2., p. 399–433, nov. 2001. p. 405.

³⁶⁴ No original: “This authorisation includes the duty of public officials to pursue the purposes that underlie the authorising law according to the correct balance between them”. KREMNITZER, op. cit., p. 345.

³⁶⁵ No original: “all relevant considerations (and no other considerations)”. *Ibid.*, p. 345.

³⁶⁶ *Ibid.*, p.346.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 348.

árabes, mulheres, LGBTQ+ e Ashkenazim – possam acessar cargos públicos, em razão do princípio da igual oportunidade. Portanto, impedir que a Suprema Corte controle a razoabilidade das indicações governamentais contribui para a paroquialização do Estado, permitindo que asseclas sem capacidades técnicas ocupem cargos importantes, além de facilitar o processo de controle da corrupção.³⁶⁸

Para Aeyal Gross, esse foi um passo crucial no processo de domesticação da Suprema Corte porque a afeta tanto em sua dimensão subjetiva (composição) quanto em sua dimensão objetiva (capacidades). Isso, porque, ao restringir a autoridade da Corte de exercer *judicial review*, o Knesset poderá alterar o Comitê de Indicação Judicial, responsável pela escolha dos juízes da Suprema Corte. Com isso, o governo será capaz de empacotar a Corte com seus correligionários.³⁶⁹

Enquanto o governo não consegue realizar essa manobra, sobretudo em razão de derrotas em conflitos políticos com a oposição, o ministro da Justiça Yariv Levin – no que parece uma prática de jogo duro constitucional (*constitutional hardball*)– tem utilizado de suas atribuições enquanto membro do Comitê para impedir que este se reúna para deliberar sobre novas indicações de juízes, incluindo a da vaga deixada Esther Hayut, ex-presidente da Suprema Corte – que se aposentou compulsoriamente em outubro de 2023.³⁷⁰

A emenda, portanto, tem um enorme potencial destrutivo, como aponta Kremnitzer. Com base nela, decisões governamentais poderão “uproot liberal democracy” por meio da: i) tomada de meios de comunicação; ii) subordinação o bem-estar social à coalização do governo; e iii) violação de palestinos em territórios ocupados. Essas são apenas algumas das medidas potenciais que afetam os fundamentos do sistema de Israel – e que podem ser tomadas pelo governo sem grandes obstáculos.³⁷¹

Isso significa que a própria identidade constitucional de Israel está em jogo. Apesar da aprovação de uma Lei Fundamental em 2018, declarando Israel como um Estado do Povo Judeu, a Suprema Corte continuou a reconhecer a identidade constitucional do país como um Estado Judeu e democrático, prezando pela igualdade de cidadania. Como apontado por Barak Medina e Ofra Bloch, a nova emenda, entretanto, é parte de uma ilegítima³⁷² tentativa “to

³⁶⁸ KREMNITZER, Mordechai. Releasing the Government from Acting Reasonably; or, the Government Says Goodbye to Reasonableness. *Israel Law Review*, v. 56, p. 343–354, 2023. p. 349.

³⁶⁹ GROSS, Ayeal. An Unreasonable Amendment. *Verfassungsblog*, 24 jul. 2023. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/an-unreasonable-amendment/>. Acesso em: 27 fev. 2024.

³⁷⁰ Ibid.

³⁷¹ KREMNITZER, op. cit., p. 347.

³⁷² A abordagem de Medina e Bloch sobre a legitimidade da emenda é natureza social e representativa, procedimental e normativa. Cf. MEDINA, Barak; BLOCH, Ofra. The Two Revolutions of Israel’s National Identity. *Israel Law Review*, v. 56, p. 305–319, 2023. p. 317-8.

transform Israel’s constitutional identity from a (limited) democratic and Jewish state to a state that is first and foremost Jewish, with no promise of equal citizenship”.³⁷³

However, em outubro de 2023, o Hamas lançou o maior ataque terrorista da história de Israel, causando mais de 1000 mortes de cidadãos israelenses.³⁷⁴ Isso fez com que Benny Gantz e seu National Unity Party se juntassem ao governo para enfrentar a emergência nacional. Como parte do acordo, nenhuma lei seria aprovada sem aprovação de Netanyahu e Gantz, o que podia parecer um bloqueio à reforma judicial de Bibi – não fosse a aprovação da Emenda 3 dois meses antes.³⁷⁵

Como resultado do ataque – e do prolongamento da guerra –, a continuidade do governo Netanyahu no pós-guerra se tornou uma incógnita. Com o governo preocupado com guerra, a Suprema Corte parece ter visto uma oportunidade perfeita para fazer sua jogada. No primeiro dia de 2024, a Corte reconheceu a invalidade da Emenda 3 à Lei Fundamental.

A decisão majoritária (8:7) foi escrita pela ex-presidente³⁷⁶ da Corte, Esther Hayut. Dentre os pontos importantes da decisão, 12 dos 15 juízes reconheceram o poder da Corte de invalidar Leis Fundamentais que representem um excesso do poder constituinte do *Knesset*. Entre os outros 3 juízes remanescentes, um entendeu que apenas violações excepcionais a direitos fundamentais justificariam esse poder, enquanto os outros 2 recusaram-se a reconhecer o poder da Corte exercer *judicial review* sobre Leis Fundamentais.³⁷⁷

O tabuleiro desse confronto constitucional³⁷⁸ agora aguarda o próximo movimento do governo. Terá Netanyahu força política suficiente para desafiar a decisão e aprofundar a crise constitucional? Até o momento, a Suprema Corte se mantém como o único mecanismo efetivo de freio ao Poder Legislativo.

³⁷³ MEDINA, Barak; BLOCH, Ofra. The Two Revolutions of Israel’s National Identity. *Israel Law Review*, v. 56, p. 305–319, 2023. p. 317-8.

³⁷⁴ ISRAEL REVISES down toll from October 7 attack to ‘around 1,200’. *Al Jazeera*, 10 nov. 2023. Disponível em: <https://www.aljazeera.com/news/2023/11/10/israel-revises-death-toll-from-october-7-hamas-attack-to-1200-people>. Acesso em: 16 abr. 2024.

³⁷⁵ GROSS, Aeyal. Did the Israeli Supreme Court Kill the Constitutional Coup? *Verfassungsblog*, 09 jan. 2024. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/did-the-israeli-supreme-court-kill-the-constitutional-coup/#:~:text=In the Israeli case%2C the,of-law institutions without scrutiny>. Acesso em: 27 fev. 2024.

³⁷⁶ Apesar de ter se aposentado em outubro de 2023, estatuto da Corte, em seu Artigo 15(a), permite que seus juízes assinem decisões que serão emitidas até três meses após suas aposentadorias. ISRAEL. Supreme Court of Israel. *Court Laws*. Disponível em: https://www.nevo.co.il/law_html/law00/74849.htm. Acesso em: 29 fev. 2024.

³⁷⁷ ISRAEL. Supreme Court of Israel. H CJ 5658/23 Movement for Quality Government in Israel v. Knesset. Decided in: Jan. 1st 2024. Disponível em: <https://supremedecisions.court.gov.il/Home/Download?path=HebrewVerdicts/23/580/056/v31&fileName=23056580.V31&type=2>. Acesso em: 29 fev. 2024.

³⁷⁸ POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. Constitutional Showdowns. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 156, p. 991-1048, 2008.

4 ANCORANDO A INDEPENDÊNCIA JUDICIAL

“São as instituições que nos ajudam a preservar a decência. Elas também precisam da nossa ajuda. Não fale sobre ‘nossas instituições’ a menos que você as torne suas agindo em seu nome. As instituições não se protegem sozinhas. Elas caem uma após a outra, a menos que cada uma seja defendida desde o início. Então, escolha uma instituição de que você se importa – um tribunal, um jornal, uma lei, um sindicato – e tome seu partido.”

Timothy Snyder

Os países estudados no capítulo anterior demonstram as razões pelas quais autocratas e agentes autoritários em geral têm particular interesse em Supremas Cortes e Cortes Constitucionais. O caminho rumo ao iliberalismo parece passar quase que invariavelmente pela domesticação dessas instituições. Na maioria dos casos analisados, as salvaguardas constitucionais não foram suficientes para preservar a independência judicial.

Partindo dessas experiências, proponho algumas sugestões de como sociedades podem desenvolver formas de proteger suas cortes. Divido minha proposta em duas dimensões, uma sociológica e outra institucional. Na primeira, explico como a atuação de uma corte pode minar sua credibilidade e colocar em risco sua posição em um sistema constitucional. A segunda dimensão, por sua vez, divide-se em duas abordagens: uma preventiva e outra repressiva. A primeira abordagem discute elementos de design constitucional que podem contribuir para a preservação das cortes, ainda que em momentos de estresse político. Para isso, tomo emprestadas ideias não só do direito constitucional, mas também da filosofia política. Por fim, na abordagem repressiva, apresento argumentos em defesa da autoridade das cortes para invalidar determinadas alterações que podem levar a sua domesticação.

4.1 Caminhos para a construção de uma legitimidade sociológica

A sequência de protestos contra a reforma judicial em Israel durou mais de seis meses. Como apontou Roznai, os israelenses parecem ter aprendido algumas lições sobre a implementação de projetos iliberais com as experiências húngara e polonesa.³⁷⁹ Essa atuação

³⁷⁹ SOBREIRA, David. Como os Tribunais morrem: o caso de Israel (entrevista: Yaniv Roznai). **JOTA**, 24 mar. 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/como-os-tribunais-morrem-o-caso-de-israel-24032023>. Acesso em: 14 mar. 2024.

da sociedade civil de Israel contribuiu para o fortalecimento de sua Suprema Corte, permitindo que a decisão de invalidar a Emenda 3 pudesse ser tomada com amparo social.

Ainda que com menor intensidade, esse fenômeno também ocorreu no Brasil, sob o governo Bolsonaro. Manifestações em defesa da democracia ocorreram em diversas capitais³⁸⁰ e uma carta assinada por mais de 900 mil pessoas foi lida na sede da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.³⁸¹ Apesar do estrago causado com o ataque às sedes dos três Poderes em 8 de janeiro de 2023, a resiliência da democracia brasileira parece demonstrar que o país, assim como Israel, também aprendeu algumas lições sobre como resistir ao populismo autoritário.

Na Polônia, apesar do extenso recurso à política de “pork barrel” (distribuição de dinheiro público), da alteração das leis eleitorais e da instrumentalização da mídia estatal pelo PiS,³⁸² as eleições de outubro de 2023 garantiram uma vitória para a oposição liderada por Donald Tusk, que agora ocupará o cargo de primeiro-ministro do país. Um evento dessa magnitude parece indicar que, além de aprenderem com seus próprios erros, os poloneses podem ser capazes de reverter o que Sadurski chamou de “colapso constitucional” (*constitutional breakdown*).³⁸³

Outras cortes pelo mundo têm estado sob estresse. Na Argentina, por exemplo, o ex-presidente Alberto Fernández entrou em conflito com a Suprema Corte do país depois de uma decisão sobre alocação orçamentária. Depois de dizer que rejeitaria uma decisão da Suprema Corte,³⁸⁴ Fernández anunciou que daria início ao processo de impeachment de quatro de seus juízes, incluindo do Presidente da Corte Horacio Rosatti.³⁸⁵ Nos Estados Unidos, o jogo duro constitucional (*constitutional hardball*) praticado com a nomeação de Merrick Garland deu aos Republicanos uma cadeira extra na Suprema Corte. Agora contando com 6 das 9 vagas, a maioria conservadora tem direcionado a jurisprudência da Corte para a direita. Como

³⁸⁰ CAPITAIS têm atos em defesa da democracia nesta quinta-feira, 11. **G1**, 11 ago. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2022/noticia/2022/08/11/ato-em-defesa-da-democracia-e-do-sistema-eleitoral-reune-artistas-juristas-empresarios-professores-no-brasil.ghtml>. Acesso em: 16 abr. 2024.

³⁸¹ CARTA PELA democracia é lida na USP, e ato tem protesto contra Bolsonaro. **G1**, 11 ago. 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/cartas-pela-democracia-sao-lidas-na-faculdade-de-direito-de-usp/>. Acesso em: 16 abr. 2024.

³⁸² SADURSKI, Wojciech. Poland’s Elections: Free, perhaps, but not Fair. *Verfassungsblog*, 20 set. 2023. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/polands-elections-free-perhaps-but-not-fair/>. Acesso em: 23 abr. 2024.

³⁸³ SADURSKI, Wojciech. in **Poland’s Constitutional Breakdown**. New York: Oxford University Press, 2019.

³⁸⁴ ARGENTINA president rejects Supreme Court ruling, sparking backlash. **Reuters**, 23 dez. 2022. Disponível em: <https://www.reuters.com/world/americas/argentina-president-rejects-supreme-court-ruling-sparking-backlash-2022-12-23/>. Acesso em: 20 maio 2024.

³⁸⁵ ARGENTINA president seeks impeachment of Supreme Court chief. **Al Jazeera**, 03 jan. 2023. Disponível em: <https://www.aljazeera.com/news/2023/1/3/argentina-president-seeks-impeachment-of-supreme-court-chief>. Acesso em: 20 maio 2024.

consequência, acadêmicos têm discutido a possibilidade executar um *court-packing* para reverter a situação³⁸⁶ e políticos apresentaram uma proposta legislativa com esse objetivo.³⁸⁷ O fenômeno também se repete com o Supremo Tribunal Federal brasileiro, que tem sido alvo de diversas críticas. É verdade que – grande – parte dessas críticas é de natureza anti-institucional, um legado do ex-presidente Jair Bolsonaro; entretanto, há estudiosos e segmentos da sociedade, comprometidos com o aperfeiçoamento do STF, que também criticam a Corte de várias formas.³⁸⁸

Uma lição que pode ser extraída desses eventos é de natureza sociológica e foi bem ilustrada por uma fala de John Roberts, presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, segundo o qual “confiança pública é essencial, não incidental a nossa função”.³⁸⁹ Esse argumento – sobre a centralidade da confiança pública como garantia de preservação da corte – foi desenvolvido de maneira mais sofisticada por Tomasz Tadeusz Koncewicz. Para ele, “[p]or mais importantes que sejam as instituições como pontos focais do sistema constitucional, elas só têm uma chance de sobrevivência quando o seu pedigree e prestígio institucional são construídos com base no apoio popular da sociedade civil”.³⁹⁰

O que, então, pode uma corte fazer para alcançar a confiança pública? A resposta para essa pergunta tem duas dimensões, umas endógena e outra exógena. Sob a dimensão endógena, que parte de uma análise do funcionamento e da atuação das cortes, cabe a elas utilizarem suas atribuições de forma a não colocar em risco a independência de que gozam. Nesse sentido, Martin Shapiro defende que quando atribuem a uma corte o dever de resolver conflitos, designers constitucionais aceitam – ainda que implicitamente – as consequências positivas e negativas que decorrem dessa escolha, entre elas a potencial capacidade de criar normas e de

³⁸⁶ DALY, Tom Gerald. ‘Good’ Court-Packing? The Paradoxes of Democratic Restoration in Contexts of Democratic Decay. *German Law Journal*, vol. 23, n. 8, p. 1071–1103, 2022; WEILL, Rivka. Court packing as an antidote. *Cardozo Law Review*, v. 42, iss. 7, p. 2705-2761, 2021.

³⁸⁷ KAPUR, Shail. Democrats to introduce bill to expand Supreme Court from 9 to 13 justices. NBC News, 14 abr. 2021. Disponível em: <https://www.nbcnews.com/politics/supreme-court/democrats-introduce-bill-expand-supreme-court-9-13-justices-n1264132>. Acesso em: 20 maio 2024.

³⁸⁸ Cf. ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, v. 37, n. 01, p. 13-32, jan.-abr., 2018; GODOY, Miguel Gualano de. *STF e processo constitucional: Caminhos possíveis entre a ministrocracia e o plenário mudo*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021.

³⁸⁹ No original: “public trust is essential, not incidental, to our function”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. **2021 Year-End Report on the Federal Judiciary**. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/publicinfo/year-end/2021year-endreport.pdf>. Acesso em: 20 maio 2024.

³⁹⁰ No original: “[a]s important as institutions might be as focal points of the constitutional system, they have a chance of survival only when their institutional pedigree and prestige are built on the popular support of civil society”. KONCEWICZ, Tomasz Tadeusz. The Capture of the Polish Constitutional Tribunal and Beyond: Of Institution(s), Fidelities and the Rule of Law in Flux. *Review of Central and East European Law*, v. 43, n. 2, p. 116-173, 2018. p. 118.

autodefesa institucional. Em contrapartida, “cortes que devem sua existência à escolha democrática institucional devem agir com prudência, ou a escolha pode ser removida”.³⁹¹

Seguindo uma linha de raciocínio diferente, Barry Friedman materializa a confiança pública em cortes utilizando a ideia de autoridade. Para ele, a autoridade de uma Corte Suprema/Constitucional depende de sua habilidade de gastar capital político acumulado com decisões sensíveis. Ilustrando seu argumento, Friedman rememora *Bush v. Gore*, caso que levou a Suprema Corte americana a decidir o resultado de uma eleição presidencial. Diante de um resultado tão acirrado, por que, então, teria a população aceitado a decisão da Corte? Segundo Friedman, é possível que naquele momento a Corte contasse com tanto capital político que aquela decisão continuaria a ser aceita pela população, a despeito dos problemas que carregasse.³⁹²

Há, ainda, quem enxergue a questão de autoridade sem recorrer à ideia do capital político, como é o caso de Theunis Roux, para quem a autoridade de uma corte se manifesta de duas formas: por sua independência e por sua legitimidade jurídica. Por independência, entende-se a capacidade que uma corte tem de demonstrar que suas decisões não sofrem influência de fatores externos, como a política, por exemplo. Vista dessa forma, a independência não deve ser analisada como um sistema binário (presente ou ausente), mas como um gradiente que conta com sua presença em diferentes graus. A legitimidade jurídica, por sua vez, é a habilidade que uma corte desempenha ao, diante de várias alternativas válidas, decidir dentro de um intervalo de tolerância, garantindo o respeito as suas decisões e melhorando sua legitimidade institucional.³⁹³

Nesse contexto, uma corte que pratica catimba constitucional, por exemplo, mina a confiança depositada em si, fragilizando sua autoridade. Adaptada a partir do conceito de *constitutional hardball*, a catimba constitucional representa uma prática que apesar de não violar o ordenamento jurídico, desrespeita os princípios que lhe são inerentes, como explica Rubens Glezer. Assim, quando uma corte altera seus precedentes de maneira oportunística ou interfere em excesso no campo político, sua autoridade é corroída.³⁹⁴ De igual maneira, quando a atuação de uma corte é percebida como partidária, sua autoridade pode ser colocada em xeque.

³⁹¹ No original: “courts that owe their existence to democratic institutional choice must act prudently, or the choice may be withdrawn”. SHAPIRO, Martin. *The European Court of Justice: Of Institutions and Democracy*. **Israel Law Review**, v. 32, n. 1, p. 3–50, 1998. p. 30.

³⁹² FRIEDMAN, Barry. **The will of the people**: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009. p. 358.

³⁹³ ROUX, Theunis. **The Politics of Principle**: The first South Africa Constitutional Court, 1995-2005. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 19-20 e 24.

³⁹⁴ GLEZER, Rubens. **Catimba constitucional**: O STF, do antijogo à crise constitucional. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2021.

A confiança na Suprema Corte dos Estados Unidos, por exemplo, atingiu, em 2022, uma mínima histórica de 25% entre americanos.³⁹⁵ Situações assim, sobretudo em sociedades polarizadas, criam um terreno fértil para um crescente grau de influência política nas indicações de juízes.³⁹⁶

Há, por outro lado, uma dimensão exógena da resposta à questão da confiança pública em cortes. Sob essa perspectiva, cortes são protegidos não em razão de sua atuação, mas apesar dela. Nesse cenário, cortes podem não contar com grande capital político ou mesmo sofrerem algum déficit de autoridade perante parte substantiva da população, mas isso não será obstáculo a uma atuação democrática em defesa da instituição. O caso do Supremo Tribunal Federal brasileiro e da Suprema Corte de Israel são ilustrativos desse argumento. Apesar das abundantes críticas direcionadas a ambas as cortes, isso não impediu que parte significativa das duas sociedades se mobilizassem em sua defesa.

Entendo que esse fenômeno se deve em parte ao que podemos chamar de cultura constitucional. Seguindo a ideia de Jason Mazzone, a cultura constitucional pode ser compreendida como o conjunto de forças invisíveis que levam cidadãos a respeitarem as regras estabelecidas pela sociedade em uma constituição. É por consequência desse elemento sociológico que as pessoas:

[...] aceitar que são governados por um documento escrito, que cria instituições de governo e estabelece limites sobre o que o governo pode fazer; a crença aceita de que a carta governativa é criada pelos cidadãos; o conhecimento de que a carta não é intemporal, mas sim que os cidadãos podem alterá-la ou revogá-la em determinadas circunstâncias e a compreensão de que, até que a Carta seja alterada, estamos vinculados a ela e somos obrigados a concordar com os seus resultados finais, embora sejamos livres para discordar deles; eles.³⁹⁷

A compreensão desse conceito pode ser melhorada pelo trabalho de Andrew Siegel, para quem a “cultura constitucional” é a caixa preta através da qual as palavras da Constituição se transformam em consequências concretas”. Apesar de reconhecer a dificuldade de definir a

³⁹⁵ JONES, Jeffrey M. Confidence in U.S. Supreme Court Sinks to Historic Low. **Gallup**, 23 jun. 2022. Disponível em: <https://news.gallup.com/poll/394103/confidence-supreme-court-sinks-historic-low.aspx>. Acesso em: 22 maio 2024.

³⁹⁶ HASEN, Richard L. Polarization and the Judiciary. **Annual Review of Political Science**, v. 22, p. 261-276, 2019. p. 261.

³⁹⁷ No original: “[...] accept that they are governed by a written document, one that creates institutions of government and sets limits on what the government may do; the accepted belief that the governing charter is created by the citizenry; the knowledge that the charter is not timeless, but rather that the citizens may change it or revoke it under certain circumstances; and the understanding that until the charter is changed we are bound by it and required to go along with its ultimate results even though we are free to disagree with them”. MAZZONE, Jason. The Creation of a Constitutional Culture. **Tulsa Law Review**, v. 40, n. 4, p. 671-698, 2005. p. 672.

ideia com precisão, Siegel afirma se tratar de “um sistema interligado de práticas, arranjos institucionais, normas e hábitos de pensamento que determinam quais perguntas fazemos, quais argumentos damos crédito, como processamos disputas e como resolvemos essas disputas”.³⁹⁸

Foi em decorrência de algum grau de cultura constitucional que a população israelense tomou as ruas repetidamente em defesa de sua Suprema Corte. O mesmo pode ser dito sobre o Brasil e o apoio popular ao Supremo Tribunal Federal. Não se trata de ignorar fato de que muitos dos manifestantes possam ser militantes políticos³⁹⁹, mas de reconhecer que a defesa bem-sucedida de uma instituição como uma Corte Suprema/Constitucional depende de um nível de apoio que transcende barreiras ideológicas. Para que algo dessa magnitude seja possível, é necessário uma compreensão compartilhada de quem a existência de uma corte independente, por pior que possa ser em um dado sistema, continua a ser uma alternativa melhor do que sua domesticação – e isso se deve à cultura constitucional.

4.2 Algumas lições de design constitucional

Supremas Cortes e Cortes Constitucionais também podem ser protegidas pela via institucional, o que costuma ser a forma mais comum de realizar essa tarefa. Legisladores, ordinários e constitucionais, podem criar diferentes mecanismos de proteção capazes de restringir tentativas de domesticação de cortes. Nesta seção, apresento algumas das formas pelas quais o design constitucional pode ser utilizado para desestimular e reduzir o potencial destrutivo de agentes mal-intencionados.

4.2.1 Evitando as sereias

Em 1791, durante a Revolução Francesa, a Assembleia Nacional Constituinte, criada dois anos antes, concentrava poderes constituintes originários e derivados – um arranjo problemático, segundo Jon Elster. A conclusão de Elster decorre do conflito de interesses existente entre essas funções. Essa dupla atribuição permitiria que a assembleia ordinária “agisse como juíza em causa própria” (*to act as a judge in its own cause*), porque cabe à

³⁹⁸ No original: “‘constitutional culture’ is the black box through which the Constitution’s words are transformed into concrete consequences” [...] “an interlocking system of practices, institutional arrangements, norms, and habits of thought that determine what questions we ask, what arguments we credit, how we process disputes, and how we resolve those disputes”. SIEGEL, Andrew M. Constitutional Theory, Constitutional Culture. **Journal of Constitutional Law**, v. 18, n. 4, p. 1067-1128, 2016. p. 1107.

³⁹⁹ Neste ponto, utilizo a palavra com sua conotação pejorativa, referindo-se àqueles cujo compromisso com um partido ou ideologia é superior ao compromisso com a própria ética.

assembleia constituinte a difícil tarefa de equacionar os poderes entre Legislativo e Executivo. Há, portanto, nesse cenário, um estímulo para que essa assembleia garanta poderes em excesso ao Legislativo.⁴⁰⁰

Esse contexto, no entanto, levou Robespierre a discursar para a assembleia em defesa de uma ordem de autonegação (*self-denying ordinance*). A ideia foi acolhida, resultando na adoção, por parte dos constituintes, de uma cláusula que os tornava inelegíveis para a primeira eleição ordinária imediatamente posterior à confecção da constituição.⁴⁰¹

Esses arranjos são um exemplo do que Elster chamou de pré-compromisso, uma limitação que um agente impõe a si mesmo esperando obter benefícios futuros. Para ilustrar esse fenômeno, Elster usa a passagem da Odisseia sobre Ulisses e as sereias. Sabendo que cruzaria um trecho ocupado por essas criaturas mitológicas, Ulisses garantiu que os ouvidos de seus marinheiros fossem tapados com cera, impedindo, assim, que o canto das sereias os levassem à morte. Ele próprio, entretanto, não fez o mesmo. Ansiando por desfrutar da experiência de ouvir as sereias, Ulisses ordenou que seus marinheiros o amarrassem ao mastro do navio e não o soltassem, ainda que ele implorasse por isso.⁴⁰²

Pré-compromissos também podem tomar a forma de cláusulas pétreas em constituições. Assim como a decisão de Ulisses, tomada em um momento de racionalidade, designers constitucionais aproveitam momentos de sobriedade para estabelecer pré-compromissos que protegerão elementos essenciais da constituição em períodos de estresse social. Dessa maneira, caso o canto da sereia de algum agente mal-intencionado venha a conquistar uma grande porção da sociedade, a constituição permanecerá protegida⁴⁰³ – excetuado, por óbvio, o caso de uma revolução.⁴⁰⁴

Assim, ainda que possam anteceder o design constitucional, pré-compromissos foram por ele incorporados. Cabe, portanto, aos constituintes a tarefa de estabelecer regras que aumentem a racionalidade de um sistema e reduzam na maior medida possível o autointeresse nas decisões de agentes governamentais. Isso pode ser feito por meio de respostas mais gerais, como a escolha entre um sistema presidencialista ou parlamentarista, ou mais específicas, como

⁴⁰⁰ ELSTER, Jon. **Ulysses Unbound**: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 140.

⁴⁰¹ Ibid., p. 141.

⁴⁰² Ibid., p. 94

⁴⁰³ STRECK, Lenio Luiz. Entre fetiches por ditadura e vivandeirismo, o que o Direito pode fazer? **Conjur**, 19 abr. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-18/streck-entre-fetiches-vivandeirismo-direito/>. Acesso em: 27 maio 2024.

⁴⁰⁴ ELSTER, Jon. **Ulysses Unbound**: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 94.

aquelas tratando da estrutura, atribuições e forma de indicação de membros de uma Corte Constitucional. Foquemos neste segundo conjunto.

Ao observar os eventos que levaram à queda da Corte Constitucional polonesa e à degradação da confiança popular na Suprema Corte americana, Konrad Duden sugeriu alterações para proteger o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Segundo ele, uma simples maioria do parlamento alemão (*Bundestag*) seria capaz de instrumentalizar o Tribunal. De acordo com Duden, elementos como a duração dos mandatos dos juízes ou a quantidade de votos necessário para que eles sejam indicados ao Tribunal não fazem parte do artigo 94 da Lei Fundamental, mas da Lei do Tribunal Constitucional Federal (Federal Constitutional Court Act).⁴⁰⁵

Em razão desse estado de coisas, Duden sugere que sejam dadas novas e mais robustas proteções ao Tribunal Constitucional alemão. A primeira delas seria impedir que simples maiores possam alterar elementos inerentes à independência do Tribunal. Isso poderia ser feito por meio do entrincheiramento constitucional das normas referentes à organização da Tribunal. Além disso, Duden defende que a alteração de tais dispositivos esteja submetida a um procedimento especial, seja por uma maioria qualificada do parlamento ou do próprio Tribunal.⁴⁰⁶

4.2.2 Cortes no topo

O uso de maiorias qualificadas pelo design constitucional pode ser feito em camadas, como explicaram Landau e Dixon. Segundo a proposta dos autores, o design constitucional escalonado (*tiered constitutional design*) tenta aproveitar os melhores elementos dos dois modelos conhecidos no constitucionalismo: um marcado pela concisão, abstração e rigidez e outro cujas marcas distintivas são extensão, detalhamento e flexibilidade.⁴⁰⁷

Ao “combinar as virtudes da rigidez e da flexibilidade”,⁴⁰⁸ o design constitucional escalonado apresenta um modelo emendamento constitucional com diferentes regras para cada parte de uma constituição. Seguindo essa alternativa, designers constitucionais são capazes de evitar alguns dos pontos negativos dos demais modelos. Por exemplo, apesar de ter sobrevivido

⁴⁰⁵ DUDEN, Konrad. Protect the German Federal Constitutional Court! *Verfassungsblog*, 13 fev. 2024. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/protect-the-german-federal-constitutional-court/>. Acesso em: 03 jun. 2024.

⁴⁰⁶ Ibid.

⁴⁰⁷ LANDAU, David; DIXON, Rosalind. Tiered Constitutional Design. *The George Washington Law Review*, v. 86, p. 438-512, 2018.

⁴⁰⁸ No original: “combine the virtues of rigidity and flexibility”. Ibid., p. 438.

por mais de 200 anos em decorrência de seu Artigo V⁴⁰⁹, a Constituição dos Estados Unidos apresenta uma extraordinária dificuldade de ser alterada, o que impede que forças democráticas introduzam elementos modernos em seu texto.⁴¹⁰ Do outro lado, constituições rígidas apenas em nome, como é o caso da brasileira (que já foi emendada mais de 100 vezes em seus 30 anos), podem se beneficiar de um sistema de emendamento escalonado. Primeiro, porque permitiria que temas de menor importância fossem alterados sem maior dificuldade; segundo, porque evitaria eventuais prejuízos à confiança popular no documento, que pode ser degradada em razão do reiterado emendamento.⁴¹¹

Pensando na proteção das cortes, essa proposta pode ser utilizada para estabelecer regras mais rígidas de alteração de dispositivos que digam respeito à independência judicial. Elementos como a inamovibilidade, a estabilidade e a idade de aposentadoria de juízes, bem como as regras de indicação para cortes constitucionais e suas atribuições são provisões que, se bem protegidas, *podem* servir de escudo contra investidas antidemocráticas.

Uso a palavra “podem” por uma razão pragmática: não há obstáculo intransponível ao poder político – uma lição que estudiosos do estado de exceção há muito nos ensinam.⁴¹² Ainda que possamos utilizar as melhores ferramentas jurídicas disponíveis para a preservação da democracia, o Direito só pode ir até certo ponto. Cabe, portanto, aos legisladores constitucionais a tarefa de escolher os meios mais eficazes para resguardar a democracia e as instituições que a sustentam – e torcer eles sejam suficientes.

Apesar disso – e do reconhecimento das imperfeições do modelo proposto – Landau e Dixon sustentam que ele é capaz de auxiliar no combate à (terceira) onda de projetos iliberais⁴¹³ que vêm se desdobrando pelo mundo desde a década de 1990, como apontam Anna Lührmann e Staffan I. Lindberg.⁴¹⁴

4.2.3 Cegando os tomadores de decisão

⁴⁰⁹ O Artigo V determina que, para serem aprovadas, emendas constitucionais devem ser aprovadas por dois terços dos votos de cada casa do Congresso e três quartos das Assembleias Estaduais.

⁴¹⁰ LANDAU; DIXON op. cit.

⁴¹¹ Cf. ALBERT, Richard. **Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions**. New York: Oxford University Press, 2019. p. 43.

⁴¹² AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção: [Homo Sacer, II, I]**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

⁴¹³ LANDAU, David; DIXON, Rosalind. Tiered Constitutional Design. **The George Washington Law Review**, v. 86, p. 438-512, 2018.

⁴¹⁴ LÜHRMANN, Anna; LINDBERG, Staffan I. A third wave of autocratization is here: what is new about it? **Democratization**, v. 26, n. 7, p. 1095-1113, 2019. p. 1102.

O design constitucional também pode proteger as cortes ao introduzir incerteza na equação política, o que Adrian Vermeule chama de aplicação do véu da ignorância ao Direito Constitucional. As regras do véu da ignorância submetem ao adentes decisores “à incerteza sobre a distribuição de benefícios e encargos que resultará de uma decisão”,⁴¹⁵ o que pode ser feito de duas maneiras: i) garantindo que os decisores não conheçam suas identidades e atributos; ii) impedindo que saibam se se beneficiarão com suas decisões.⁴¹⁶

Nesse contexto, designers constitucionais inserem regras do véu da ignorância em constituições como forma de limitar seus interesses, fomentando a tomada de decisões imparciais. Tomemos as regras de sucessão presidencial como exemplo. Imagine um cenário em que uma constituição não estabelece quem deve suceder o presidente caso ele não possa desempenhar suas funções. Uma situação assim teria um potencial catastrófico, porque diferentes partidos e agentes políticos possivelmente entrariam em disputa pelo cargo, que permaneceria vago até que uma solução fosse encontrada. Durante esse período de escolha, o país estaria acéfalo, sem um responsável pelas decisões mais importantes. Ao introduzir previamente uma cláusula constitucional com as regras de sucessão claras, designers constitucionais apresentam uma saída aceitável, porque seus benefícios serão colhidos por quem quer que ocupe a linha sucessória.⁴¹⁷

Exemplos de regras do véu da ignorância podem ser verificados em diferentes constituições pelo mundo. A Constituição brasileira, por exemplo, estabelece a ordem de sucessão presidencial em seu artigo 80, cabendo ao presidente da Câmara dos Deputados, ao presidente do Senado Federal e, finalmente, ao presidente do Supremo Tribunal Federal ocupar o cargo em caso de impedimento do presidente e do vice-presidente. Regras semelhantes podem ser vistas na Constituição venezuelana de 1961, que perdurou até a Assembleia Constituinte convocada por Chávez. Seus artigos 186, 187 e 188 tratavam da sucessão presidencial por meio de regras do véu da ignorância, algo que se repete com o artigo 106 da Constituição turca.

Diante dessa nova terceira onda de autocratização,⁴¹⁸ sociedades – sobretudo aquelas altamente polarizadas – podem se valer dessa ferramenta para desenhar regras que reduzam o potencial de dano que um agente autoritário pode causar às cortes constitucionais. Por exemplo, se um presidente pretende, por algum motivo, expandir o número de cadeiras de uma corte

⁴¹⁵ No original: “to uncertainty about the distribution of benefits and burdens that will result from a decision”. VERMEULE, Adrian. Veil of Ignorance Rules in Constitutional Law. *The Yale Law Journal*, v. 111, n. 2., p. 399-433, nov. 2001. p. 399.

⁴¹⁶ Ibid., p. 399.

⁴¹⁷ Ibid., p. 400.

⁴¹⁸ LÜHRMANN, Anna; LINDBERG, Staffan I. A third wave of autocratization is here: what is new about it? *Democratization*, v. 26, n. 7, p. 1095-1113, 2019.

constitucional, a constituição pode estabelecer que a expansão só será implementada no mandato seguinte. Ao fazer isso, o agente que promove a mudança precisa lidar com a possibilidade de seu ato beneficiar um rival político, caso não se sagre vencedor na eleição seguinte.

As regras do véu da ignorância também podem evitar a domesticação em suas outras formas. Dispositivos podem prever, por exemplo, que alterações que afetem o desempenho das funções da corte tenham sua vigência postergada para o mandato seguinte, o que pode se repetir com o caso da redução da idade de aposentadoria dos juízes. Nesse último caso, a constituição pode adiar a vigência de modificações que garantam ao Executivo maioria dos membros da corte.

4.3 Hermenêutica de emergência

Até aqui, analisei formas pelas quais supremas cortes e cortes constitucionais podem ser protegidas de maneira preventiva, com o objetivo de evitar o processo de domesticação. A domesticação, contudo, não ocorre de maneira necessariamente abrupta. Com isso em mente, uma pergunta precisa ser respondida: o que fazer quando os mecanismos preventivos falharem?

Nesse cenário, cabe às cortes utilizarem sua autoridade para se autopreservar. A ideia, aqui, é defender que supremas cortes e cortes constitucionais, quando diante de um processo de domesticação, dispõem do poder de invalidar atos, leis e até mesmo emendas constitucionais que possam pôr em risco suas capacidades de desempenhar que lhes foram constitucionalmente atribuídas.

Essa proposta, contudo, apresenta um risco de expansão de autoridade das cortes, um problema que não pode ser subestimado. Por essa razão, tento traçar parâmetros interpretativos a serem utilizados pelas cortes no exercício desses poderes excepcionais. Apesar de longe da perfeição, espero que a proposta traga alguma racionalidade para o processo.

Ao analisar o processo gradual de degradação das democracias, Suzie Navot explica que nenhuma das leis, emendas ou demais dispositivos aprovados representa, isoladamente, um golpe fatal. É apenas quando somamos todas os atos e os avaliamos de maneira holística que o estrago ao sistema pode ser adequadamente observado. “É o panorama geral, toda a série de

movimentos legais, que provoca uma mudança fundamental no regime do Estado até que ele deixe de ser uma democracia liberal”.⁴¹⁹

O processo de domesticação de uma corte por vezes mimetiza o da morte das democracias. No caso da Hungria, por exemplo, o Fidezs começou com a grande mudança que alterou a Constituição. Seguiram-se modificações na forma de indicação dos juízes, depois a redução de aposentadoria de juízes, após isso a criação do Escritório Nacional de Justiça (National Judicial Office) até que, pedaço a pedaço, o Corte Constitucional perdeu sua independência. O processo se repetiu de maneira semelhante na Polônia, onde alterações legislativas foram gradualmente restringindo as capacidades da Corte Constitucional.

Em situações assim, a atuação da Suprema Corte de Israel representa uma ilustração do argumento aqui defendido. Em uma decisão com centenas de páginas, a Suprema Corte israelense reconheceu que a emenda aprovada pelo governo Netanyahu retirava da corte sua capacidade de desempenhar efetivamente seu papel de freio e contrapeso.⁴²⁰

Um primeiro passo para que uma medida assim possa ser tomada é o reconhecimento da autoridade da corte para derrubar legislações e emendas constitucionais. O exercício de *judicial review* sobre dispositivos ordinários é parte do padrão do constitucionalismo liberal, muitos países até estabelecem em suas constituições poderes para que supremas cortes e cortes constitucionais exerçam essa autoridade.

O mesmo, contudo, não pode ser dito sobre a invalidação de emendas constitucionais. Raramente encontrada em constituições, essa autoridade foi reivindicada por alguns cortes pelo mundo, a exemplo do Supremo Tribunal Federal brasileiro e das Supremas Cortes indiana e israelense. No caso dessas cortes, a autoridade de exercer o *judicial review* sobre emendas constitucionais deriva de uma interpretação – das próprias cortes – que reconhece a inviolabilidade de determinados dispositivos constitucionais.

O caso brasileiro se diferencia dos demais por contar com um elemento especial que contribui para esse entendimento: cláusulas pétreas. Em seu art. 60, § 4º, a Constituição brasileira impede que elementos como a forma federativa de Estado, a separação de poderes, o modelo de voto e os direitos e garantias individuais sejam objeto de emenda tendente a aboli-los. Esse dispositivo permitiu uma abertura interpretativa para que o Supremo Tribunal Federal

⁴¹⁹ No original: “It is the big picture, the whole series of legal moves, that brings about a fundamental change in the state’s regime until it is no longer a liberal democracy”. NAVOT, Suzie. An Overview of Israel’s ‘Judicial Overhaul’: Small Parts of a Big Populist Picture. **Israel Law Review**, v. 56, p. 482–501, 2023. p. 482.

⁴²⁰ ISRAEL. Supreme Court of Israel. HCJ 5658/23 Movement for Quality Government in Israel v. Knesset. Decided in: Jan. 1st 2024. Disponível em: <https://supremedecisions.court.gov.il/Home/Download?path=HebrewVerdicts/23/580/056/v31&fileName=23056580.V31&type=2>. Acesso em: 29 fev. 2024.

reconhecesse seu poder de invalidar emendas constitucionais por razões de incompatibilidade material com as cláusulas pétreas.⁴²¹

Sistemas com regras de emendamento variadas para diferentes elementos de uma constituição demonstram, ainda que implicitamente, uma hierarquia de valores constitucionais – o que Richard Albert chama de função simbólica das regras de emendamento. Quando a Constituição cubana, por exemplo, entrincheira o socialismo como uma cláusula inalterável, ela expressa que valores políticos são mais estimados por aquela sociedade. O mesmo pode ser dito da Constituição sul-africana, que estabelece três parâmetros, sendo o mais rigoroso destinado aos dispositivos que tratam da declaração de valores daquela Constituição.⁴²²

Por outro lado, a reivindicação do poder de invalidar emendas por razões materiais, por parte das Suprema Corte da Índia, ocorreu apesar da inexistência de cláusulas inalteráveis ou de regras escalonadas de emendamento em suas constituições. No julgamento de *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*, a Suprema Corte indiana decidiu que o poder de emendamento não alcança a identidade da Constituição e suas características básicas.⁴²³ A doutrina da estrutura básica, delineada em *Kesavananda*, permitiu que a Suprema Corte Indiana viesse a julgar outra série de casos em que acabou reivindicando para si o papel de nomear seus membros.⁴²⁴

O poder dessa ferramenta hermenêutica é tamanho que mesmo depois da autocratização da Índia sob o governo Modi, a Suprema Corte manteve elevados seus níveis de constrição sobre o Executivo⁴²⁵ – o que faz da Índia um outlier entre os países que passaram por processos de autocratização sem que suas supremas cortes ou cortes constitucionais fossem capturadas.

Como apontado por Yaniv Roznai, o julgamento de *Kesavananda* não apresentou uma lista clara de elementos intangíveis. Isso não impediu, contudo, que em casos posteriores a Suprema Corte traçasse linhas mais claras sobre as provisões constitucionais que estariam protegidas pelo manto da doutrina da estrutura básica, a exemplo de elementos da “democracia liberal, tais como a supremacia da Constituição, o estado de direito, a separação de poderes, o

⁴²¹ Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5.105/DF**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Luiz Fux, j. 01/10/2015.

⁴²² ALBERT, Richard. **Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions**. New York: Oxford University Press, 2019. p.47-8.

⁴²³ **Kesavananda Bharati Sripadagalvaru & Ors. v. State of Kerala & Anr.**, 1973 SCC (4) 225.

⁴²⁴ TRIPATHY, Rangin Pallav. Unveiling India's Supreme Court Collegium: Examining Diversity of Presence and Influence. **Asian Journal of Comparative Law**, v. 18, n. 2, p. 179–209, 2023.

⁴²⁵ Desde a década de 1970, o Judicial constraints on the executive index da Índia se mantem acima 0.7, tendo alcançado 0.8 na década de 1990 e permanecendo nesse patamar até 2014, quando começou a cair. Na última avaliação (2023), o índice marcou 0.71, continuando a tendência de queda. Cf. OUR WORLD IN DATA. Judicial constraints on the executive index, 2022. **V-Dem** (2023). Disponível em: <https://ourworldindata.org/grapher/judicial-constraints-on-the-executive-index?country=~VEN>. Acesso em: 20 mar. 2024.

controle judicial, a independência judicial, a dignidade humana, a unidade e integridade nacionais, eleições livres e justas, federalismo e secularismo”.⁴²⁶

De modo semelhante, no primeiro dia de 2024 a Suprema Corte de Israel reconheceu seu poder de invalidar emendas à Lei Fundamental do país.⁴²⁷ Assim como ocorreu na Índia, em Israel a Suprema Corte criou judicialmente uma cláusula de inalterabilidade, retirando do poder político a capacidade de violar a identidade do Estado de Israel como um Estado judeu e democrático.

A história desses países compartilha um elemento essencial que conferiu, em algum grau, legitimidade para que suas Supremas Cortes atuassem de maneira tão ousada: os valores da democracia liberal. O Brasil, por exemplo, é um Estado Democrático de Direito, identidade encontrada no Artigo 1º da Constituição Federal de 1988. Além disso, as cláusulas pétreas de seu art. 60, § 4º, apresentam características típicas da noção liberal de democracia, como a separação de poderes e os direitos e garantias individuais. De maneira semelhante, a Índia se intitula uma República Democrática já em seu preâmbulo, elencando seu dever de proteção de elementos tipicamente democráticos como liberdade, igualdade e fraternidade. Outro preâmbulo que expressamente estabelece um compromisso com a democracia liberal é o da Constituição turca, compromisso que se repete em diversas disposições do texto constitucional. Israel, por sua vez, reconhece o caráter democrático do Estado em seu Artigo 1ª, bem como no Artigo 7A, que impede candidatos cujas ações, expressas ou implícitas, neguem a existência do Estado de Israel como um Estado Judeu e democrático. A Constituição polonesa também reconhece a natureza democrática de seu Estado, assim como estabelece um compromisso com o Estado de Direito. Em El Salvador, a Constituição reconhece que o governo é republicano, democrático e representativo. Até mesmo na Hungria, onde uma Constituição foi estabelecida pelo governo de Viktor Orbán, o compromisso com a democracia e o estado de direito está presente.⁴²⁸

Por que até mesmo em Constituições criadas por autocratas a democracia continua sendo um elemento presente? A resposta para essa pergunta tem duas dimensões, uma

⁴²⁶ No original: “liberal democracy, such as the supremacy of the Constitution, the rule of law, separation of powers, *judicial review*, judicial independence, human dignity, national unity and integrity, free and fair elections, federalism, and secularism”. ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers**. New York: Oxford University Press, 2017. p. 46-7.

⁴²⁷ ISRAEL. Supreme Court of Israel. HCJ 5658/23 Movement for Quality Government in Israel v. Knesset. Decided in: Jan. 1st 2024. Disponível em: <https://supremedecisions.court.gov.il/Home/Download?path=HebrewVerdicts/23/580/056/v31&fileName=23056580.V31&type=2>. Acesso em: 29 fev. 2024.

⁴²⁸ As provisões constitucionais de todos os países citados podem ser verificados em inglês no projeto *Constitute*. Disponível em: <https://www.constituteproject.org>

doméstica e outra internacional, mas ambas podem ser resumidas a uma palavra: legitimidade. Somente o povo é capaz de conferir legitimidade a um regime, por isso que mesmo em regimes autocráticos os líderes continuam preocupados em manter a ilusão de falar pelo povo.

Há, portanto, uma grande incoerência na atuação desses agentes autoritários, pois uma pessoa não pode usufruir dos benefícios da legitimidade conferida pela democracia sem demonstrar um compromisso com os princípios que lhe conferem substância.⁴²⁹ Permitir tal situação equivale a reconhecer que as promessas constitucionais são vazias de normatividade, incapazes de preservar o próprio sistema que as acolheu.

Nesse contexto, é necessário compreender que a noção de democracia liberal, de estado de direito e de constitucionalismo moderno são cooriginais⁴³⁰ – no sentido habermasiano.⁴³¹ Frutos das revoluções liberais, essas ideias ganham forma em conjunto e não podem ser interpretadas de forma isolada, o que torna disfuncionais, do ponto de vista democrático, os sistemas que contam apenas com alguns desses elementos.

Contudo, ainda que se possa alegar que o conceito de democracia é essencialmente contestado,⁴³² a noção de democracia liberal carrega consigo certos elementos inegociáveis, algo que Rosalind Dixon e David Landau chamaram de “núcleo democrático essencial”, cujo conceito é extraído de uma sobreposição de provisões encontradas em várias democracias constitucionais pelo mundo.⁴³³ Resumidamente, o núcleo democrático essencial consiste em: i) um compromisso com eleições multipartidárias livres, justas e regulares; ii) liberdades e direitos políticos; e iii) um sistema de freios e contrapesos necessário para preservar os itens anteriores. Tomando esse parâmetro como base, a avaliação de uma alteração na estrutura de uma corte constitucional pode ser invalidada quando ela puder, de forma isolada ou em conjunto com outras, levar à violação do núcleo democrático essencial.⁴³⁴

Como o exercício dessa autoridade se materializaria na prática? Imagine que o presidente de um determinado país planeja reformar a Suprema Corte. Entre as reformas propostas estão uma modificação na autoridade da Corte e uma expansão de seus membros de

⁴²⁹ SCHEPPELE, Kim L. Autocratic Legalism. *University of Chicago Law Review*, v. 85, iss. 2, p. 545-583, 2018.

⁴³⁰ BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. 2. ed. São Paulo: Quarter Latin, 2013.

⁴³¹ HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms**: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Translated by William Rehg. Polity Press, 1996.

⁴³² GALLIE, W. B. Essentially Contested Concepts. Meeting of the **Aristotelian Society** at 21, Bedford Square, London, W.C.1, on March 12th, 1956.

⁴³³ DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing**: Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy. New York: Oxford University Press, 2021. p. 27.

⁴³⁴ ROZNAI, Yaniv; DIXON, Rosalind; LANDAU, David E. Judicial Reform or Abusive Constitutionalism in Israel. *Israel Law Review*, v. 56, 292–304, 2023. p. 292.

9 para 15. Nesse cenário, se as reformas forem capazes de causar um desequilíbrio na balança de poderes, submetendo a Corte à vontade do presidente ou impedindo-a de desempenhar adequadamente suas funções, elas poderão ser declaradas inconstitucionais pela própria Suprema Corte.

Isso significa que aumentar em 6 cadeiras a composição de uma Corte que atualmente possui 9 membros é inconstitucional? Não necessariamente. Pode ser que nenhum dos nove juízes tenha sido indicado pelo presidente que pretende reformar a Corte, ou que a mudança na autoridade não afete as capacidades institucionais da Corte. A avaliação, portanto, precisa ser contextual, levando em consideração o impacto das propostas no sistema como um todo, e não apenas de forma isolada.⁴³⁵

Agentes políticos bem-intencionados podem realizar reformas dessa natureza sem grandes dificuldades. Uma forma de fazer isso é diluir os efeitos que a reforma pode causar na balança dos poderes. Por exemplo, ao adicionar novas vagas à Suprema Corte, o presidente pode estabelecer que as duas primeiras vagas serão ocupadas imediatamente e as quatro restantes serão divididas entre os dois mandatos subsequentes. A introdução de um elemento de incerteza – no caso, a possibilidade de não reeleição do presidente reformador – remove a mancha de autointeresse da proposta, garantindo-lhe legitimidade, sobretudo por permitir que opositoristas se beneficiem da alteração.⁴³⁶

Por esses motivos, entendo como inconstitucionais as propostas de *court packing*, ainda que sua pretensão possa ser a de expandir a democracia. Isso, porque essa medida presume a indicação de juízes leais às pretensões daqueles que os indicaram, o que pode representar um perigo muito maior para a separação de poderes quando comparada a uma corte composta por juízes pouco compromissados com a democracia.

★ ★ ★

Uma primeira conclusão que pode ser extraída do estudo até este ponto é que não existe um modelo único que sirva para todos os países. As regras de proteção das cortes – e da democracia – devem ser elaboradas sob medida, considerando o contexto e a constituição de cada sociedade. Essa abordagem personalizada, extraída dos países estudados, reforça a importância de soluções adaptadas às especificidades de cada nação.

Nenhum dos modelos apresentados é suficiente isoladamente para garantir a proteção das cortes constitucionais. Em conjunto, contudo, eles podem formar um obstáculo robusto

⁴³⁵ Ibid.

⁴³⁶ VERMEULE, Adrian. Veil of Ignorance Rules in Constitutional Law. *The Yale Law Journal*, v. 111, n. 2., p. 399-433, nov. 2001.

contra avanços autoritários. O design constitucional pode falhar, exigindo o recurso à hermenêutica de emergência, que, por sua vez, só se sustenta com forte apoio popular. Isso, porque, em momentos de anormalidade o império da lei é imprestável, porque a “legislação de exceção trata de algo que, na realidade, não consegue dar conta. A legitimação dos atos realizados durante a exceção depende do respaldo político e popular, não jurídico.”⁴³⁷

A lição de Bercovici foi ilustrada pelo cenário brasileiro recente, especialmente entre 2020 e 2022, quando o Supremo Tribunal Federal tomou um conjunto de decisões – muitas das quais de constitucionalidade bastante duvidosa – para enfrentar uma ameaça autoritária que culminou com uma tentativa de subversão do resultado eleitoral em 8 de janeiro de 2023.

A proposta conceitual e tipológica, os países analisados e as formas de defesa da independência judicial reforçam a necessidade de um sistema com múltiplas camadas de proteção para os elementos mais importantes em um sistema jurídico, sobretudo as supremas cortes e cortes constitucionais.

⁴³⁷ BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. 2. ed. São Paulo: Quarter Latin, 2013. p 40.

5 DOMESTICAÇÃO DE CORTES NO BRASIL: UMA AMEAÇA

“Pouca coisa importa mais para a democracia sob a mira de um projeto autocrático que tribunais independentes e com clareza de horizonte. Tribunais orientados por uma suprema corte corajosa, que inspira pelo argumento e lidera pela jurisprudência. Uma corte cujos ministros educam pelo exemplo, além de tirocínio e competência.”

Conrado Hübner Mendes

Depois de pouco mais de duas décadas sob uma ditadura, o povo brasileiro tem experimentado as benesses de uma jovem democracia que recentemente completou seus 35 anos. A tradição autoritária, contudo, continua a pairar sobre o país, sempre buscando formas de voltar ao poder, porque, como lembra Bertolt Brecht: “[a] cadela do fascismo está sempre no cio”.

Há dois casos emblemáticos de domesticação de cortes na história brasileira, ambos ocorridos em ditaduras, o que coloca em xeque uma análise adequada a partir do *framework* que propus. Ainda assim, compreender a história dos ataques à independência judicial brasileira nos ajuda em uma leitura mais profunda de como as propostas de domesticação da corte tomam forma nos dias atuais.

Neste capítulo, então, apresento o contexto histórico da domesticação ocorrida após a Revolução de 1930, no governo de Getúlio Vargas, bem como na ditadura de 1965-1985, sob o comando dos militares. Após isso, utilizo o conceito e a tipologia desenvolvidos anteriormente para analisar algumas propostas de alteração da estrutura do Supremo Tribunal Federal que foram discutidas nos últimos anos. O objetivo é verificar a constitucionalidade de cada uma delas diante do contexto em que foram apresentadas.

5.1 A morte do Poder Judiciário

O ano era 1929, o mundo sofria com os efeitos da quebra da Bolsa de Nova York. Com uma economia fortemente dependente das exportações de café, o Brasil foi severamente afetado quando o preço do produto despencou no mercado internacional. Isso não só afetou as oligarquias cafeeiras paulistas, como também gerou grande insatisfação popular, enfraquecendo o governo do então presidente Washington Luís.

Esse cenário levou a oligarquia paulista a romper sua aliança com os mineiros. Pelo acordo da política do café com leite, Luís – que havia sido indicado pelas elites paulistas para

o cargo de presidente – deveria indicar como seu sucessor um mineiro, mas em vez disso apoiou a candidatura de Júlio Prestes. Em contrapartida, Antônio Carlos Ribeiro de Andrada, sucessor natural de Luís e representante das oligarquias mineiras, endossou a candidatura do opositorista gaúcho Getúlio Vargas.

Marcada para ocorrer no primeiro dia de março de 1930, a eleição presidencial deu vitória a Prestes – cargo que ele nunca viria a exercer. Com a posse de Prestes prevista para novembro daquele mesmo ano, Antônio Carlos passou a articular o primeiro golpe de estado do Brasil República. Em 3 de outubro daquele ano, com apoio de tenentes dos estados que apoiaram Vargas (Rio Grande do Sul, Paraíba e Minas Gerais), os conspiracionistas deram início à Revolução de 1930, que levaria à deposição de Washington Luís e à ascensão de Getúlio Vargas.

No controle da presidência, Vargas emitiu o Decreto nº 19.398, estampando já em seu primeiro artigo o que podia ser esperado do novo Estado: “O Governo Provisório exercerá discricionariamente, em toda sua plenitude, as funções e atribuições, não só do Poder Executivo, como também do Poder Legislativo, até que, eleita a Assembleia Constituinte, estabeleça esta a reorganização constitucional do país”.⁴³⁸

Uma das primeiras vítimas do novo regime foi o Supremo Tribunal Federal. A Corte havia se tornado alvo preferencial de alguns dos tenentes revolucionários pelo fato de terem tido sucessivos *habeas corpus* negados em razão de insurreições anteriores.⁴³⁹ Assim, três meses após a instauração do governo provisório, Vargas emite os Decretos nº 19.656 e 19.711. O primeiro reduziu a composição da Corte de 15 para 11 juízes, além de alterar a extensão de sua autoridade; o segundo, por sua vez, aposentou compulsória e nominalmente 6 juízes da Corte.⁴⁴⁰ Isso levou o Hermenegildo de Barros, um dos juízes remanescentes, a declarar “a morte do Poder Judiciário no Brasil”. Em seu discurso, Barros afirmou que:

Nenhum ministro poderá se considerar garantido na situação em que se encontra presentemente o Supremo Tribunal Federal, que não pode ter independência e viverá exclusivamente da magnanimidade do Governo Provisório. Pela minha parte, (...), não tenho honra nenhuma em fazer parte desse Tribunal, assim desprestigiado,

⁴³⁸ BRASIL. Decreto nº 19.398 de 11 de novembro de 1930. **Institue o Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, e dá outras providências**. Presidência da República, [2022]. Disponível em: D19398 (planalto.gov.br). Acesso em: 01 dez. 2022.

⁴³⁹ ROSENFELD, Luis. **As Encruzilhadas da Justiça no Estado Novo (1937-1945)**: o Supremo Tribunal Federal e a Ideia de Oligarquia da Toga. Rev. Fac. Dir. Uberlândia, v. 48, n. 1, p. 134-155, jan./jul. 2020. p. 137.

⁴⁴⁰ BRASIL. Decreto nº 19.656 de 3 de fevereiro de 1931. **Reorganiza provisoriamente o Supremo Tribunal Federal e estabelece regras para abreviar os seus julgamentos**. Presidência da República, [2022]. Disponível em: D19656 (planalto.gov.br). Acesso em: 01 dez. 2022; BRASIL. Decreto nº 19.711 de 18 de fevereiro de 1931. **Aposenta ministros do Supremo Tribunal Federal**. Câmara dos Deputados, [2022]. Disponível em: Portal da Câmara dos Deputados (camara.leg.br). Acesso em: 01 dez. 2022.

vilipendiado, humilhado, e é com vexame e constrangimento que ocupo esta cadeira de espinhos para a qual estarão voltadas as vistas dos assistentes, na dúvida de que aqui esteja um juiz independente, capaz de cumprir com sacrifício o seu dever.⁴⁴¹

Entre 1931 e 1934, outros juízes deixaram seus cargos na Corte. Isso permitiu que Vargas preenchesse as vagas com um total de 7 novos juízes, formando uma nova maioria. As novas indicações, entretanto, não foram submetidas à apreciação do Senado Federal, que permanecia fechado desde a revolução.⁴⁴² O próprio Hermenegildo de Barros seria enxotado da Corte em 1937, em decorrência da vigência de uma nova Constituição que reduzia a idade de aposentadoria compulsória de 75 para 68 anos.⁴⁴³

Sem resistência, o Supremo Tribunal Federal foi domesticado. Agora ocupado por juízes leais ao governo, a Corte abandonou seu papel institucional anterior e se transformou em um instrumento de legitimação das vontades do governo, especialmente de suas políticas de guerra e de enfrentamento ao comunismo e demais inimigos da pátria.⁴⁴⁴

5.2 Garroteando⁴⁴⁵ o Supremo Tribunal Federal

Inserido no contexto da Guerra Fria, João Goulart assume a presidência do Brasil em setembro de 1961, após a renúncia de Jânio Quadros. No governo, Goulart sinalizou aproximação com o bloco comunista, opondo-se às sanções impostas contra Cuba pelos Estados Unidos e visitando a República Popular da China. Essas posições políticas de Goulart, somadas ao temor de uma suposta revolução socialista no país levaram os militares darem um golpe de estado e tomaram o governo do país para si, sob a promessa de que eleições se seguiriam – algo que não aconteceu nos 20 anos seguintes.

⁴⁴¹ COSTA, Emília Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. São Paulo: IEJE, 2001. p. 71.

⁴⁴² DEL RIO, Andrés. La era Vargas y la trayectoria del Supremo Tribunal Federal de Brasil: un análisis histórico institucional 1930-1945. **Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, Rio de Janeiro, v. 7, n.2, p. 298-320, maio/ago., 2015. p. 305-6.

⁴⁴³ ROSENFELD, Luis. **As Encruzilhadas da Justiça no Estado Novo (1937-1945): o Supremo Tribunal Federal e a Ideia de Oligarquia da Toga**. Rev. Fac. Dir. Uberlândia, v. 48, n. 1, p. 134-155, jan./jul. 2020. p. 137.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 138.

⁴⁴⁵ Expressão retirada de um trecho do discurso de Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, ao apresentar a nova Constituição para o país: “Traidor da Constituição é traidor da Pátria. Conhecemos o caminho maldito. Rasgar a Constituição, trancar as portas do Parlamento, garrotear a liberdade, mandar os patriotas para a cadeia, o exílio e o cemitério. Quando após tantos anos de lutas e sacrifícios promulgamos o Estatuto do Homem da Liberdade e da Democracia bradamos por imposição de sua honra. Temos ódio à ditadura. Ódio e nojo”. BRASIL. Câmara dos Deputados. Rádio Câmara. **Íntegra do discurso presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Dr. Ulysses Guimarães (10' 23”)**. 02 de fev. 1987. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/radio/programas/277285-integra-do-discurso-presidente-da-assembleia-nacional-constituente-dr-ulysses-guimaraes-10-23/>. Acesso em: 10 jun. 2024.

Pouco mais de uma semana após o golpe, o novo governo expediu seu primeiro Ato Institucional. Preocupados com a legitimidade do regime, militares tentaram reescrever o evento ao se referir a ele como uma revolução – algo que não encontra amparo na literatura especializada de ciência política.⁴⁴⁶ Revisionismos à parte, além de prometer novas eleições, as provisões do Ato Institucional nº 1 (AI 1) suspenderam por seis meses as garantias de vitaliciedade e estabilidade dos servidores, bem como impediram a apreciação judicial de atos dos Comandantes-em-Chefe que suspendessem direitos políticos pelo prazo de 10 dias ou que cassassem mandatos legislativos.⁴⁴⁷

Pouco mais de um ano após introduzirem o Ato Institucional nº 1, os militares apresentaram o Ato Institucional nº 2. Assim como o Ato anterior, o AI 2 mantinha a vigência da Constituição anterior, de 1946, mas a alterava no interesse do novo regime. Entre as provisões modificadas, uma estava diretamente destinada ao Supremo Tribunal Federal, que teve sua composição expandida de 11 para 16 membros. O AI 2 também reestabeleceu a figura do juiz federal, abolida pela Constituição de 1937, a serem nomeados pelo presidente entre 5 indicados pelo STF.⁴⁴⁸

Durante esse período, o Tribunal fez pouco para resistir ou enfrentar o regime. Diversos fatores contribuíram para essa postura, como a presença de apoiadores do governo militar entre os membros da Corte, exemplificado por Pedro Chaves.⁴⁴⁹ Além disso, havia o receio de que a imagem do Tribunal pudesse ser prejudicada caso alguma de suas decisões não fosse cumprida, preocupação de muitos juízes na história, a exemplo do que aconteceu com John Marshall ao escrever seu voto em *Marbury v. Madison* contra o então Secretário de Estado James Madison.⁴⁵⁰ O caso brasileiro, por sua vez, é bem ilustrado por Felipe Recondo ao narrar os bastidores do julgamento do STF em outubro de 1964. Em uma conversa entre o juiz Vilas Boas

⁴⁴⁶ No sentido de reconhecer como golpe a tomada de poder no Brasil em 1964, cf.: PEYTON, Buddy; et al. **Cline Center Coup d'État Project Dataset** (2024). University of Illinois at Urbana-Champaign. https://doi.org/10.13012/B2IDB-9651987_V7; LEHOUCQ, Fabrice; PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. Breaking Out of the Coup Trap - Political Competition and Military Coups in Latin America. **Comparative Political Studies**, v. 47, n 8, p. 1105–1129, 2014.

⁴⁴⁷ BRASIL. Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964. **Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa**. Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm. Acesso em: 10 jun. 2024.

⁴⁴⁸ BRASIL. Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965. **Mantem a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências.** Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-02-65.htm. Acesso em: 10 jun. 2024.

⁴⁴⁹ CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. Entre o dever da toga e o apoio à farda: Independência judicial e imparcialidade no STF durante o regime militar. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 32, n. 94, jun. 2017.

⁴⁵⁰ BECKER, Rodrigo Frantz. **Marbury v. Madison, 1803**: O estabelecimento do controle de constitucionalidade difuso. In: BECKER, Rodrigo Frantz (Coord.). **Suprema Corte dos Estados Unidos: Casos Históricos**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 81-97.

e o advogado Arnaldo Wald, sobre um habeas corpus pendente de julgamento pela Corte, Vilas Boas indagou Wald reservadamente: “Tenho uma informação a lhe pedir. Se nós dermos esse habeas corpus, o senhor garante que vai ser cumprido?” Diante da perplexidade do advogado com a pergunta, Vilas Boas explicou: “Se o senhor puder me garantir que a decisão será cumprida, nós vamos dar por unanimidade o habeas corpus. Se o senhor disser que não pode ser cumprida, nós vamos denegar também por unanimidade”.⁴⁵¹

5.3 Propostas de domesticação de cortes sob a Constituição de 1988

Não é raro que propostas de emendas constitucionais, relacionadas às competências do Supremo Tribunal Federal, sejam apresentadas no Congresso ou discutidas pela sociedade. É possível afirmar sem exageros que o STF é, hoje, a mais poderosa instituição do país, tanto de um ponto de vista das competências que efetivamente exerce quanto das que tem o potencial de exercer.

Mas como uma corte é capaz de concentrar tanto poder? Estudiosos nacionais e estrangeiros tentam responder essa pergunta de diferentes formas. Há quem sustente o fortalecimento das supremas cortes e cortes constitucionais decorra da pressão de grupos econômicos que buscam maior segurança jurídica. Outra hipótese enxerga na expansão judicial uma consequência da retração do sistema representativo, incapaz de cumprir as promessas da democracia. Uma terceira corrente aponta para a adoção de constituições rígidas como a causa desse fenômeno.⁴⁵²

No Brasil, esses fatores se somam a um especial: a escolha de um projeto constitucional ubíquo feita na Assembleia Constituinte de 1988. Esse projeto ambicioso está diretamente ligado ao *ethos* da Constituição, cuja desconfiança do legislador ordinário fez com que o constituinte originário decidisse legislar ostensivamente, ainda que sobre temas que tradicionalmente não fazem parte da substância de uma Constituição. Essa constitucionalização excessiva consequentemente restringe a liberdade de legisladores e administradores, que acabam por ver seus atos facilmente manchados por alguma inconstitucionalidade que levará o caso ao STF.⁴⁵³

⁴⁵¹ RECONDO, Felipe. **Tanques e togas**: o STF e a Ditadura Militar. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 79.

⁴⁵² VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008. p. 443.

⁴⁵³ *Ibid.*, p. 44-7.

A segunda consequência da escolha constituinte se materializa nas competências do Supremo Tribunal Federal. Ao elaborar o desenho institucional do STF, a Constituição de 1988 tinha como um de seus objetivos a preservação da obra constituinte contra ataques futuros. Isso resultou em um Tribunal dotado de “amplos poderes de guardião constitucional”. Nesse contexto, concentraram-se no Supremo atribuições que, nas demais democracias, encontram-se divididas entre diferentes instituições: i) tribunal constitucional; ii) foros judiciais especializados; e iii) tribunais de recursos de última instância.⁴⁵⁴

Esse modelo de design constitucional não só fez do Supremo uma instituição de destaque, mas permitiu que a Corte continuasse a concentrar poderes cada vez mais ostensivos no decorrer das últimas décadas, tornando-a um dos *players* mais importantes no cenário político nacional.

Não surpreende, portanto, que políticos, acadêmicos e até mesmo a sociedade discuta a legitimidade da extensão de poderes da Corte no desenho institucional brasileiro. Esses debates acabaram por produzir propostas de reformas que podem alterar substancialmente o papel desempenhado pelo STF, o que não significa que sejam necessariamente inconstitucionais.

Um primeiro exemplo que pode ser citado foi a proposta apresentada pelo deputado Nazareno Fonteles, do Partido dos Trabalhadores (PT), em 2011. A Proposta de Emenda Constitucional 33/2011 (PEC 33/11) pretendia limitar os poderes do Supremo Tribunal Federal em decorrência do que era enxergado como expansão do Poder Judiciário.

Entre os dispositivos da proposta, dois são especialmente problemáticos. O primeiro deles pretendia modificar o quórum necessário à declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato. Antes exercida pela maioria de seus membros (6 de 11), a declaração de inconstitucionalidade só poderia ser exercida por 9 juízes (quatro quintos). Além disso, a proposta de Fonteles também condicionava os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da Corte à consulta popular.⁴⁵⁵

O próprio poder de invalidar emendas constitucionais do STF deriva de uma conclusão da própria Corte. Por isso, é primeiro necessário reconhecer a legitimidade da discussão sobre o tema. Como apontou Virgílio Afonso da Silva, a questão trata “mais de conveniência e oportunidade do que de mera interpretação constitucional”. A decisão sobre o detentor da última palavra sobre a Constituição não está contida nela própria, “mas envolve questões como

⁴⁵⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008. p. 447.

⁴⁵⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição 33-A, de 2011**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1089319&filename=Avulso+-PEC+33/2011. Acesso em: 10 jun. 2024.

tradição jurídica, expectativa de proteção de direitos, estabilidade democrática e legitimidade do Poder Legislativo, dentre outras”.⁴⁵⁶

Contudo, apesar da legitimidade dos modelos de *judicial review* passíveis de adoção por um sistema jurídico, o *framework* aqui proposto exige uma análise contextual do tema. De imediato, é possível notar que a PEC 33, caso tivesse sido aprovada, daria grande vantagem política e eleitoral ao governo, que naquele momento era comandado pelo mesmo partido do autor da proposta, o PT. Isso não significa que uma proposta apresentada por outro deputado não integrante da coalizão governista estaria automaticamente livre de problemas. O problema preliminar, aqui, é de autointeresse. Ao adotar um modelo fraco de *judicial review*, a proposta não só restringe as capacidades institucionais da Corte, como também abre espaço para um mandato presidencial com poucos freios efetivos – pelo menos era essa a realidade do presidencialismo de coalizão vigente durante o início da década passada.⁴⁵⁷ Seguindo o exemplo de Robespierre na constituinte francesa, uma proposta com tamanho impacto poderia facilmente reforçar sua legitimidade com uma disposição que postergasse sua vigência para o mandato seguinte à sua aprovação. Não sendo o caso, enxergo na possibilidade de engrandecimento da presidência aromas de ilegitimidade, já que bastaria ao governo três votos para preservar a constitucionalidade de qualquer legislação ou emenda que aprovasse. Submetendo essa situação ao parâmetro do núcleo democrático essencial, a resposta seria parecida, em decorrência de dois fatores: i) o potencial danoso às liberdades e direitos políticos; e ii) a reduzida capacidade do STF de agir como freio efetivo para assegurar essas garantias.⁴⁵⁸ Uma forma de domesticação por transformação, portanto.

Outra ideia de reforma do STF foi discutida pelo deputado Wadih Damous, também integrante do Partido dos Trabalhadores. Em uma fala, que demonstrou pouco cuidado com as palavras em tempos regidos pelas redes sociais, Damous falou em “fechar o STF” e transformá-lo em uma Corte Constitucional, além de dar mandatos fixos aos seus juízes.⁴⁵⁹

Dado o contexto em que foi feita – em crítica a decisões do juiz Luís Roberto Barroso contra o então ex-presidente Lula –, é possível argumentar que a proposta de Damous não

⁴⁵⁶ PROFESSOR da USP fala sobre a PEC 33 e embate de poderes. **Conjur**, 13 jun. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/virgilio-afonso-silva-professor-usp-comenta-pec-33-embate-poderes/>. Acesso em: 10 jun. 2024.

⁴⁵⁷ ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de coalizão: Raízes e evolução do modelo político brasileiro**. São paulo: Companhia das Letras, 2018.

⁴⁵⁸ ROZNAI, Yaniv; DIXON, Rosalind; LANDAU, David E. Judicial Reform or Abusive Constitutionalism in Israel. **Israel Law Review**, v. 56, 292–304, 2023.

⁴⁵⁹ DEPUTADO do PT diz que 'tem que fechar STF' para criar corte exclusivamente constitucional. **O Globo**, 13 abr. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/deputado-do-pt-diz-que-tem-que-fechar-stf-para-criar-corte-exclusivamente-constitucional-22588979>. Acesso em: 10 jun. 2024.

carrega as virtudes do republicanism. A despeito disso, a proposta pode ser analisada a partir do *framework* proposto neste trabalho. Para realizar essa tarefa, uma pergunta preliminar precisa ser respondida: teria a proposta o potencial de afetar a separação de poderes? Entendo que não. A modificação certamente ceifaria do STF um incontável número de casos, que hoje atinge os 5 dígitos.

Outro desafio que poderia ser feito à proposta é sobre como ela poderia afetar o papel do Supremo de garantir a eficácia dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988. É verdade que não são raras as ocasiões em que o STF reverte decisões de instâncias inferiores por configurarem violação aos preceitos constitucionais. Essa questão poderia ser enfrentada com a modificação das competências do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por exemplo, ou mesmo com a aceitação das consequências do novo sistema. Tomando por base os parâmetros aqui estabelecidos, entretanto, não vejo potencial de domesticação com a proposta, sobretudo porque a composição da Corte não seria alterada, apenas o seu modelo de jurisdição constitucional. Da mesma forma, a capacidade da Corte de desempenhar a função de freios sobre o Executivo e o Legislativo estaria preservada, mas seria realizada somente em controle de constitucionalidade concentrado e abstrato. Mantidas essas condições, a proposta seria, pelo menos em tese, constitucional.

Uma terceira proposta foi discutida em 2020, a chamada PEC do Pijama. Na contramão do que fez a Emenda da Bengala (Emenda Constitucional nº 88/15), que aumentou a idade de aposentadoria dos juízes do STF para 75 anos, retirando da então presidente Dilma Rousseff até 5⁴⁶⁰ novas indicações para a Corte, a PEC do Pijama buscava reduzir a idade de aposentadoria desses mesmos juízes. A proposta, de caráter oportunista no sentido mais depreciativo da palavra, começou a ser discutida em um contexto de abertos ataques por parte do então presidente Jair Bolsonaro ao Supremo Tribunal Federal. Há quem possa interpretar que, assim como ocorreu com a Emenda da Bengala, a PEC do Pijama caracterizaria um jogo duro constitucional (*constitutional hardball*),⁴⁶¹ por mais arriscada que a jogada pudesse ser. A tese tem algum mérito, mesmo diante de um escrutínio ancorado nos parâmetros anteriormente apresentados.

⁴⁶⁰ No artigo que serviu de base para este trabalho, apresentei contrafactuais com diferentes cenários em que a então presidente indicaria entre 1 e 5 juízes. Cf. SOBREIRA, David; COUTINHO, Carlos Marden Cabral. Domesticando a Justiça. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 10, n. 2, e242, maio/ago. 2023.

⁴⁶¹ PIANARO, Rick Daniel É preciso estar atento e forte: Supremo e a ‘PEC do Pijama’. **JOTA**, 10 jun. 2020. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/e-preciso-estar-atento-e-forte-supremo-e-a-pec-do-pijama-10062020?non-beta=1#_ednref4. Acesso em: 10 jun. 2024.

Proposta pela deputada Bia Kicis, correligionária fiel de Bolsonaro, a PEC do Pijama pretendia revogar a Emenda da Bengala, reestabelecendo a idade de aposentadoria dos juízes do STF em 70 anos. Caso aprovada, a proposta abriria imediatamente duas vagas na Corte, uma de Ricardo Lewandowski e a outra de Rosa Weber. Somadas as indicações esperadas em decorrência das aposentadorias de Celso de Mello (2020) e de Marco Aurélio (2021), Bolsonaro teria um total de 4 indicações em uma Corte composta por 11 juízes. A medida, por mais autointeressada e perversa que possa parecer, não é manchada pela inconstitucionalidade sob o *framework* aqui proposto. Isso, porque 4 indicações não daria ao presidente controle sobre a Corte, salvo se ele fosse reeleito, cenário que lhe garantiria outras duas indicações. A reeleição, contudo, é uma incógnita, uma potencialidade. Ainda que todos os presidentes que concorreram à reeleição desde a redemocratização tenham conquistado um segundo mandato, Bolsonaro demonstrou ser uma exceção. Essa medida, portanto, tomada isoladamente e mesmo que considerada em um cenário de ataques verbais reiterados à Corte, não pode, a meu ver, ser considerada uma domesticação.

A última proposta da lista foi discutida brevemente durante o segundo turno das eleições de 2022, primeiro pelo então vice-presidente e senador eleito Hamilton Mourão⁴⁶² e, em seguida, cogitada pelo então presidente Jair Bolsonaro⁴⁶³ – que não demorou a jogá-la de lado após a repercussão negativa que ela gerou.⁴⁶⁴ Entre as ideias jogadas no debate público estavam o estabelecimento de mandatos de 10-12 anos, uma possível redução de idade de aposentadoria dos juízes ou, alternativamente, a expansão do número de vagas da Corte, algo que já havia sido defendido por Bolsonaro durante sua candidatura à presidência em 2018.⁴⁶⁵

Focarei minha análise na possibilidade de expansão e no estabelecimento de mandatos, já que a redução de idade de aposentadoria foi tratada na avaliação da PEC do Pijama. Assim como o modelo de *judicial review* de um país, a discussão sobre mandatos para juízes de uma corte está localizada mais no campo da política do que do Direito. Como demonstra Conrado

⁴⁶² SENADOR eleito, Mourão sinaliza plano para interferência no STF. **Uol**, 07 out. 2022. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/eleicoes/2022/10/07/eleito-senador-mourao-sugere-mudancas-no-stf-alem-do-aumento-de-cadeiras.htm>. Acesso em: 10 jun. 2024.

⁴⁶³ Bolsonaro diz que pode descartar aumento de ministros do STF se corte 'baixar temperatura'. **Folha de São Paulo**, 09 out. 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/10/bolsonaro-diz-que-pode-descartar-aumento-de-ministros-do-stf-se-corte-baixar-temperatura.shtml>. Acesso em: 10 jun. 2024.

⁴⁶⁴ BOLSONARO diz que proposta de alterar número de ministros do STF é 'invenção'. **Estadão**, 11 out. 2022. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2022/10/11/bolsonaro-diz-que-proposta-de-alterar-numero-de-ministros-do-stf-e-invencao.htm>. Acesso em: 10 jun. 2024.

⁴⁶⁵ BOLSONARO SOBRE aumento do STF: 'Não tem uma fala minha favorável a isso'. **Estado de Minas**, 20 out. 2022. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2022/10/20/interna_politica,1410028/bolsonaro-sobre-aumento-do-stf-nao-tem-uma-fala-minha-favoravel-a-isso.shtml.

Hübner Mendes, tanto o sistema de mandatos vitalícios quanto o de mandatos temporários apresenta pontos positivos e negativos. O primeiro, somado a um modelo de indicação racional, apresenta potencial de enfrentar o problema de partidização dos membros da corte. Juízes que contam com a vitaliciedade têm garantidos seus empregos apesar do decurso do tempo. Apesar de isso garantir independência, afeta a oxigenação da corte e pode contribuir para o entrenchamento de posições intransigentes e para a homogeneização epistêmica. Por outro lado, mandatos temporários não sofrem com o problema de oxigenação, mas podem reduzir o potencial de corte de desenvolver sua colegialidade. Além disso, mandatos temporários também sofrem um outro risco: o planejamento de carreira pós-judicatura. Considerando que seus mandatos teriam fim em algum ponto, magistrados poderiam acabar enviesando suas decisões na esperança de que isso lhe abra portas futuras.⁴⁶⁶

Uma alteração na duração dos mandatos dos juízes de uma corte não parece apresentar, a priori, uma ameaça segundo a ideia de domesticação. Se a atual composição não for antecipadamente retirada de forma a conferir aos agentes alteradores controle sobre a corte, não enxergo na medida uma violação constitucional.

A expansão de uma corte, por outro lado, é a mais conhecida das formas de domesticação. Quando discutida pela primeira vez por Bolsonaro, em 2018, a proposta cogitava expandir o Supremo Tribunal Federal de 11 para 21 juízes, o que conferiria a presidente 10 novas indicações – presumindo que todas seriam feitas de imediato – além das duas a que teria direito durante seu primeiro mandato. No segundo cenário, quando a proposta foi abordada durante as eleições de 2022, a ideia era expandir a Corte em 5 cadeiras. Nessa situação, além das 2 indicações de seu primeiro mandato, Bolsonaro indicaria juízes para as 5 novas vagas, além de outros dois cujas vagas surgiriam em decorrência de aposentadorias compulsórias em seu segundo mandato. Em ambos os casos a caracterização da domesticação é inegável.

★ ★ ★

Os cenários hipotéticos apresentados demonstram que, além de cíclica, a ameaça de domesticação no Brasil é ambidestra. O desenvolvimento de uma cultura constitucional sólida ainda não aconteceu e o design constitucional ainda pode ser melhorado para evitar investidas dessa natureza. Apesar de sua força, o Supremo Tribunal Federal tem visto sua legitimidade questionada com cada vez maior frequência. Para que não precise recorrer à hermenêutica de emergência, é importante que sociedade e instituições desempenhem um papel de defesa da democracia – antes que o STF cometa suicídio na tentativa de se defender.

⁴⁶⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. New York: Oxford University Press, 2013. p. 158-9.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A domesticação de uma corte representa, em meu entender, uma invariável violação ao núcleo essencial da democracia (*democratic minimum core*), porque resulta em uma corte incapaz de desempenhar efetivamente seu papel de *checks and balances*. Essa conclusão é reforçada pela experiências dos países aqui estudados, todos eles democracias eleitorais ou liberais que acabaram sofrendo transições de regimes após o processo de erosão constitucional ter sido potencializado pela expansão, redução e/ou transformação de suas supremas cortes ou cortes constitucionais.

A domesticação de uma corte pode não ser medida uma suficiente para pôr fim a uma democracia, mas certamente tem se mostrado um dos caminhos favoritos e mais bem sucedidos pelos quais agentes autoritários pelo mundo vêm espalhando a terceira onda de autocratização – um problema aparentemente cíclico que não pode deixar de ser enfrentado.

Há, também, há questão do risco que cada um dos métodos de domesticação põe à democracia. Apesar do contexto desempenhar forte influência sobre dano que pode resultar de uma domesticação, parece-me que a expansão e a redução dos membros de uma corte se apresenta, pelo menos *prima facie*, como potencialmente experiências potencialmente mais danosas à estrutura democrática de um país.

Assim, partindo de uma análise comparada, busquei estabelecer um *framework* para verificar como esse processo de domesticação se materializa. Minha pretensão – e espero tê-la alcançado – foi de apresentar parâmetros que alcancem o maior nível de objetividade possível, permitindo que outros acadêmicos, políticos e membros da sociedade civil possam avaliar medidas de reestruturação de tribunais com uma ferramenta hígida.

Por óbvio, e peço desculpas por me fazer repetitivo, não deixo de reconhecer o viés liberal das lentes pelas quais enxergo a democracia e projeto a proposta de domesticação. Espero, apesar disso, que os instrumentos metodológicos que apresentei sirvam de maneira ambidestra àqueles que, como eu, continuam a defender democracia liberal apesar de suas inúmeras falhas e promessas não cumpridas.

A seção mais desafiadora – e possivelmente mais controversa – deste trabalho talvez seja aquela em que tratei da hermenêutica de emergência. Defender a expansão dos poderes judiciais, ainda que excepcionalmente, é uma interpretação que será rechaçada por muitos de maneira legítima. Afinal, o debate sobre a quem cabe a última palavra sobre a constituição está longe de chegar ao fim de sua história.

Nesse sentido, o caso brasileiro apresenta algumas lições que contribuiriam para a construção das teses em defesa da independência judicial. Voltando à normalidade democrática depois de uma conspiração para um golpe de estado em 8 de Janeiro de 2023, o país continua a observar como o Supremo Tribunal Federal vem conduzindo os processos para levar à justiça os responsáveis para tentativa de subverter a jovem democracia brasileira.

A condução desse processo, entretanto, tem tomado por base elementos que afrontam pilares do estado de direito. A Corte tem se valido de um inquérito perpétuo e quase sempre sigiloso para investigar ataques cometidos contra a própria instituição, posicionando-a como investigador, julgador e vítima em um só caso. A isso se soma o fato de o inquérito ter sido iniciado de ofício pelo próprio STF para censurar uma revista que acusou um dos membros da Corte de corrupção, sob a alegação de se tratar de uma notícia falsa.⁴⁶⁷

Uma segunda mancha que contamina esse inquérito, que permanece vigente no ano de 2024, foi a ausência do aval constitucionalmente exigido pela Procuradoria Geral da República (PGR). Ocupada por um indicado de Jair Bolsonaro entre os anos de 2019 e 2023, a PGR ficou-se inerte diante de dezenas de ataques (verbais e físicos) feitos ou instigados pelo presidente da República e seus apoiadores ao Supremo Tribunal Federal. Diante desse cenário, a Corte recorreu ao que enxergo como uma distorção da tese da democracia militante de Loewenstein, tema que tem sido objeto de grande debate entre acadêmicos no Brasil.

Outro problema que põe em xeque a legitimidade dessas investigações são os métodos utilizados, considerados de constitucionalidade bastante duvidosa e bastante criticados no âmbito da Operação Lava Jato. Um exemplo que pode ser citado é o caso da delação de Mauro Cid, ajudante de ordem do ex-presidente Bolsonaro e acusado de estar envolvido na conspiração para a derrubada do governo eleito. Após quatro meses preso preventivamente, Mauro Cid aderiu a um acordo de colaboração premiada que acabou por autorizar que sua prisão fosse cumprida em caráter domiciliar.⁴⁶⁸ Esse expediente, de prender para forçar delações – e em seguida soltar os delatores – não só foi criticado por um juiz do STF⁴⁶⁹ como declarado inconstitucional.

⁴⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **INQ 4.781/DF**. Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 18/04/2019. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/INQ478118abril.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2024.

⁴⁶⁸ APÓS homologação de delação premiada, Mauro Cid é solto e coloca tornozeleira eletrônica. **CNN**, 09 set. 2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/apos-homologacao-de-delacao-premiada-mauro-cid-deixa-presidio-em-brasilia-e-utilizara-tornozeleira-eletronica/>. Acesso em: 11 jun. 2024.

⁴⁶⁹ SAMPAIO, Cristiane. “Delação de presos sugere tortura”, afirma Gilmar Mendes citando ministro do STJ. **Brasil de Fato**, 17 out. 2019. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2019/10/17/delacao-de-presos-sugere-tortura-afirma-gilmar-mendes-citando-ministro-do-stj>. Acesso em: 11 jun. 2024.

A experiência brasileira permite algumas conclusões. A primeira delas é a de que muitas das medidas tomadas pelo Supremo Tribunal Federal excedem o escopo do que chamei de hermenêutica de emergência. Nesse sentido, esses exemplos de atuação da Corte, entenda o intérprete como legítimos ou não, são incompatíveis com as propostas de defesa da independência judicial que sustento.

A segunda conclusão, que extraio a partir da leitura das obras de Barry Friedman e de Theunis Roux, reconhece a quantidade desgaste sofrido pelo Supremo Tribunal Federal tanto em seu capital político⁴⁷⁰ quanto em sua legitimidade jurídica⁴⁷¹. Portanto, é necessário que a Corte enxergue a fragilidade da posição em que se encontra, a despeito da amplitude de seus poderes institucionais.

Compreender isso significa saber quando os poderes da Corte estão sendo exercidos para além de seus limites, especialmente diante da ausência de um período de anormalidade. A legitimidade política que sustenta o exercício de poderes de emergência⁴⁷² não persiste na normalidade. Dessa forma, é necessário que a Corte – essa lição transcende as fronteiras brasileiras – atue com discernimento para identificar momento de acumular capital político.

Além de uma atuação institucional mais sóbria, cortes podem construir uma posição mais sólida por meio da atuação pessoal de seus membros, retomando a ideia de legitimidade sociológica. Assim, quando juízes demonstram contenção, reserva em sua vida privada, distância dos poderes político e econômico, suas cortes florescem. Na contramão, quando juízes, notadamente aqueles membros de Apex Courts, participam de eventos bancados por grandes empresas cujos processos serão julgados por essas cortes, recebem presentes de bilionários ou manifestam opiniões políticas publicamente, a legitimidade das cortes é corroída, evento a evento, entrevista a entrevista, presente a presente.

Atuar em defesa de uma corte é uma das formas pelas quais podemos ajudar a preservar a democracia. Esse papel, entretanto, nem sempre é exercido por meio de elogios. A defesa de cortes também se materializa por meio de críticas. Não falo críticas anti-institucionais, como aquelas que pretendem abolir sua existência ou colocar em xeque o desempenho de suas funções constitucionais. As críticas as quais me refiro são aquelas metodologicamente amparadas, que buscam o aperfeiçoamento da instituição, não sua destruição. Afinal, como escreveu Conrado

⁴⁷⁰ FRIEDMAN, Barry. **The will of the people**: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009. p. 358.

⁴⁷¹ ROUX, Theunis. **The Politics of Principle**: The first South Africa Constitutional Court, 1995-2005. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 19-20 e 24.

⁴⁷² BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. 2. ed. São Paulo: Quarter Latin, 2013. p. 39.

Hübner Mendes, “[s]ubmeter o mau comportamento judicial à crítica jurídica é uma causa constitucional”.⁴⁷³

A proteção das cortes – e da independência judicial – passa pela habilidade dos representantes do povo em antever problemas, apresentando soluções institucionais que mitiguem os riscos potenciais. Mas, acima de tudo, depende do compromisso da sociedade e dos juízes com os valores da democracia liberal, que podem ser a última linha de defesa contra a autocratização.

⁴⁷³ MENDES, Conrado Hübner. Defender o STF de seus ministros. **Folha de São Paulo**, 05 jun. 2024. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2024/06/defender-o-stf-de-seus-ministros.shtml>. Acesso em: 11 jun. 2024.

BIBLIOGRAFIA

ACKERMAN, Bruce. **Revolutionary Constitutions: Charismatic Leadership and the Rule of Law**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção: [Homo Sacer, II, I]**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALBERT, Richard. **Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions**. New York: Oxford University Press, 2019.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 7, 198 (Lüth-Urteil)**, Karlsruhe, julgado em 15 jan. 1958.

AMICHAY, Rami. Israel protests flare over Netanyahu's new Supreme Court bill. **Reuters**, 11 jul. 2023. Disponível em: <https://www.reuters.com/world/middle-east/protesters-block-israel-highways-over-new-supreme-court-bill-2023-07-11/>. Acesso em: 16 abr. 2024.

APÓS homologação de delação premiada, Mauro Cid é solto e coloca tornozeleira eletrônica. **CNN**, 09 set. 2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/apos-homologacao-de-delacao-premiada-mauro-cid-deixa-presidio-em-brasilia-e-utilizara-tornozeleira-eletronica/>. Acesso em: 11 jun. 2024.

ARATO, Andrew. How we got here? Transition failures, their causes and the populist interest in the constitution. **Philosophy and Social Criticism**, v. 45(9-10), p. 1106–1115, 2019.

ARATO, Andrew. Populism, Constitutional Courts, and Civil Society. In: LANDFRIED, Christine (ed.). **Judicial Power: How Constitutional Courts affect Political Transformations**. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2019, p. 318-341.

ARAUZ, Sergio. Nayib Bukele anuncia que no acatará órdenes de la Sala de lo Constitucional. **El Faro**, 15 abr. 2020. Available at: https://elfaro.net/es/202004/el_salvador/24296/Nayib-Bukele-anuncia-que-no-acatará-órdenesde-la-Sala-de-lo-Constitucional.htm. Accessed in 25 abr. 2024.

ARGENTINA president rejects Supreme Court ruling, sparking backlash. **Reuters**, 23 dez. 2022. Disponível em: <https://www.reuters.com/world/americas/argentina-president-rejects-supreme-court-ruling-sparking-backlash-2022-12-23/>. Acesso em: 20 maio 2024.

ARGENTINA president seeks impeachment of Supreme Court chief. **Al Jazeera**, 03 jan. 2023. Disponível em: <https://www.aljazeera.com/news/2023/1/3/argentina-president-seeks-impeachment-of-supreme-court-chief>. Acesso em: 20 maio 2024.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocrazia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, v. 37, n. 01, p. 13-32, jan.-abr., 2018.

ARNSON, Cynthia J. (ed.). **El Salvador's Democratic Transition Ten Years After the Peace Accord**. Washington: Woodrow Wilson International Center for Scholars, 2003.

BAKINER, Onur. How Did We Get Here? Turkey's Slow Shift to Authoritarianism? *In*: BASER, Bakar; ÖZTÜRK, Ahmet Erdi. **Authoritarian Politics in Turkey: Elections, Resistance and the AKP**. London; New York: I.B.Tauris, 2017, p. 21-46.

BÂLI, Asli. Courts and constitutional transition: Lessons from the Turkish case. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, iss. 3, p. 666–701, 2013.

BÂLI, Asli. The Perils of Judicial Independence: Constitutional Transition and the Turkish Example. **Virginia Journal of International Law**, v. 52, n. 2, p. 235-320, 2012.

BALKIN, Jack M. Constitutional Crisis and Constitutional Rot. **Maryland Law Review**, v. 77, n. 605, p. 101-117, 2017.

BALKIN, Jack M. Constitutional Rot. **Maryland Law Review**, v. 77, iss. 1, p. 147-160, 2017.

BÁNKUTI, Miklós; HALMAI, Gábor; SCHEPPELE, Kim Lane. Hungary's Illiberal Turn: Disabling the Constitution. **Journal of Democracy**, v. 23, n. 3, p. 138-146, July 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018.

BAR-SIMAN-TOV, Ittai et al. Scholactivism in the Service of Counter-populism: The Case of the Constitutional Overhaul in Israel. **International Journal of Constitutional Law** (forthcoming).

BECKER, Rodrigo Frantz. **Marbury v. Madison, 1803**: O estabelecimento do controle de constitucionalidade difuso. *In*: BECKER, Rodrigo Frantz (Coord.). **Suprema Corte dos Estados Unidos: Casos Históricos**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 81-97.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. 2. ed. São Paulo: Quarter Latin, 2013.

BERMEO, Nancy. On Democratic Backsliding. **Journal of Democracy**, v. 27, n. 1, p. 5-19, 2016.

BOLSONARO COGITA ampliar número de ministros no Supremo caso seja reeleito. **Correio Brasiliense**, 08 out. 2022. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2022/10/5042935-bolsonaro-cogita-ampliar-numero-de-ministros-no-supremo-caso-seja-reeleito.html>. Acesso em: 21 mar. 2024.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 35. ed. Salvador; São Paulo: JusPodivm; Malheiros, 2020.

BORK, Robert H. Barak's Rule. **Azure**, n. 27, Winter 5767 / 2007. Disponível em: <https://azure.org.il/include/print.php?id=34>. Acesso em: 15 abr. 2024.

BRASIL. Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964. **Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa.** Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm. Acesso em: 10 jun. 2024.

BRASIL. Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965. **Mantem a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências.** Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-02-65.htm. Acesso em: 10 jun. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Rádio Câmara. **Íntegra do discurso presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Dr. Ulysses Guimarães (10' 23")**. 02 de fev. 1987. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/radio/programas/277285-integra-do-discurso-presidente-da-assembleia-nacional-constituente-dr-ulysses-guimaraes-10-23/>. Acesso em: 10 jun. 2024.

BRASIL. Decreto nº 19.398 de 11 de novembro de 1930. **Institue o Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, e dá outras providencias.** Presidência da República, [2022]. Disponível em: D19398 (planalto.gov.br). Acesso em: 01 dez. 2022.

BRASIL. Decreto nº 19.656 de 3 de fevereiro de 1931. **Reorganiza provisoriamente o Supremo Tribunal Federal e estabelece regras para abreviar os seus julgamentos.** Presidência da República, [2022]. Disponível em: D19656 (planalto.gov.br). Acesso em: 01 dez. 2022.

BRASIL. Decreto nº 19.711 de 18 de fevereiro de 1931. **Aposenta ministros do Supremo Tribunal Federal.** Câmara dos Deputados, [2022]. Disponível em: Portal da Câmara dos Deputados (camara.leg.br). Acesso em: 01 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 981-MC**. Plenário. Rel. Min. Néri da Silveira, j. 17/03/1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1.722-MC**. Plenário. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/12/1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5.105/DF**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Luiz Fux, j. 01/10/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **INQ 4.781/DF**. Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 18/04/2019. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/INQ478118abril.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2024.

BREWER-CARÍAS, Allan R. La configuración judicial del proceso constituyente o de cómo el guardián de la Constitución abrió el camino para su violación y para su propia extinción. **Revista de Derecho Publico**, n. 77-78/79-80, p. 453-514, jan./dez. 1999.

BUGARIC, Bojan. Protecting Democracy and the Rule of Law in the European Union: The Hungarian Challenge. **LEQS**, n. 79, July 2014.

BUGARIC, Bojan. The two faces of populism: Between authoritarian and democratic populism. **German Law Journal**, vol. 20, Special Issue 3: Populist Constitutionalism: Varieties, Complexities and Contradictions, p. 390-400, April 2019.

CAPITAIS têm atos em defesa da democracia nesta quinta-feira, 11. **G1**, 11 ago. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2022/noticia/2022/08/11/ato-em-defesa-da-democracia-e-do-sistema-eleitoral-reune-artistas-juristas-empresarios-professores-no-brasil.ghtml>. Acesso em: 16 abr. 2024.

CARTA PELA democracia é lida na USP, e ato tem protesto contra Bolsonaro. **G1**, 11 ago. 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/cartas-pela-democracia-sao-lidas-na-faculdade-de-direito-de-usp/>. Acesso em: 16 abr. 2024.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. Entre o dever da toga e o apoio à farda: Independência judicial e imparcialidade no STF durante o regime militar. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 32, n. 94, jun. 2017.

CASAGRANDE, Cássio. Bolsonaro e o ‘plano de empacotamento’ do STF. **JOTA**, 10 out. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/bolsonaro-e-o-plano-de-empacotamento-do-stf-10102022>. Acesso em: 21 mar. 2024.

COLBURN, Forrest D.; CRUZ, Arturo. El Salvador’s Beleaguered Democracy. **Journal of Democracy**, v. 25, n. 3, p. 149-158, 2014.

CORRALES, Javier. Autocratic legalism in Venezuela. **Journal of Democracy**, v. 26, n. 2, abril 2015.

COSTA, Emília Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. São Paulo: IEJE, 2001.

DALY, Tom Gerald. ‘Good’ Court-Packing? The Paradoxes of Democratic Restoration in Contexts of Democratic Decay. **German Law Journal**, vol. 23, n. 8, p. 1071–1103, 2022.

DANCY, Geoff et al. Behind Bars and Bargains: New Findings on Transitional Justice in Emerging Democracies. **International Studies Quarterly**, v. 63, iss. 1, p. 99-110, 2019.

DEL RIO, Andrés. La era Vargas y la trayectoria del Supremo Tribunal Federal de Brasil: un análisis histórico institucional 1930-1945. **Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, Rio de Janeiro, v. 7, n.2, p. 298-320, maio/ago., 2015.

DIAS, Roberto; TEDESCO, Thomaz Fiterman. Erosão democrática e a corte interamericana de direitos humanos: o caso venezuelano. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 2. p.195-224, 2021.

DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy**. New York: Oxford University Press, 2021.

DIXON, Rosalind; LANDAU, David. Competitive democracy and the constitutional minimum core. In: GINSBURG, om; HUQ, Aziz (ed.). **Assessing Constitutional Performance**. New York: Cambridge, 2016, p. 268-292.

DJANKOV, Simeon. Hungary under Orbán: Can Central Planning Revive Its Economy? **Peterson Institute for Internal Economics: Policy Brief**, n. PB15-11, p. 1-9, Jul. 2015.

DRINOCZI, Tímea; BIEN-KACALA, Agnieszka. **Illiberal Constitutionalism in Poland and Hungary: The Deterioration of Democracy, Misuse of Human Rights and Abuse of the Rule of Law**. New York: Routledge, 2022.

DRINÓCZI, Tímea. Constitutional Politics in Contemporary Hungary. **ICL Journal**, v. 10, p. 63-98, 1/2016.

DUDEN, Konrad. Protect the German Federal Constitutional Court! **Verfassungsblog**, 13 fev. 2024. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/protect-the-german-federal-constitutional-court/>. Acesso em: 03 jun. 2024.

DUDZIAK, Mary L. The Politics of “The Least Dangerous Branch”: The Court, the Constitution, and Constitutional Politics Since 1945. In: AGNEW, Jean-Christophe; ROSENZWEIG, Roy (ed.). **A Companion to Post-1945 America**. Malden: Wiley-Blackwell, 2006, p. 385-405.

DUESENBERY, James Stemple. **Income, Saving, and the Theory of Consumer Behavior**. Cambridge: Harvard University Press, 1949.

EL SALVADOR SAYS murders fell 70% in 2023 as it cracked down on gangs. **Reuters**, 3 jan. 2024. Available at: <https://www.reuters.com/world/americas/el-salvador-says-murders-fell-70-2023-it-cracked-down-gangs-2024-01-03/#:~:text=Americas-,El%20Salvador%20says%20murders%20fell%2070%25%20in%202023,it%20cracked%20down%20on%20gangs>. Accessed in 25 abr. 2024.

ELSTER, Jon. **Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

EMANUEL, Steven L. **Emanuel Law Outlines: Constitutional Law**. Boston: Aspen Publishers, 2010.

ESEN, Berk; GUMUSCU, Sebnem. Rising competitive authoritarianism in Turkey. **Third World Quarterly**, v. 37, iss. 9, p. 1581-1606, 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. **2021 Year-End Report on the Federal Judiciary**. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/publicinfo/year-end/2021year-endreport.pdf>. Acesso em: 20 maio 2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. **Allgeyer v. Louisiana**, 165 U.S. 578 (1897), Washington D.C, 01 de março de 1897.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. **Marbury v. Madison**, 5 U.S. 137 (1803), Washington D.C, 24 de fevereiro de 1803.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. **West Coast Hotel Co. v. Parrish**, 300 U.S. 379 (1937), Washington D.C, 29 de março de 1937.

FREEDOM HOUSE. **El Salvador**. Available at: <https://freedomhouse.org/country/el-salvador/freedom-world/2024>. Accessed in 25 abr. 2024.

FRIEDMAN, Barry. **The will of the people**: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. **Harvard Law Review**, v. 92, p. 353-409, 1978.

GALDAMEZ, Eddie. President Nayib Bukele's Approval Rating! What's Behind the President's Popularity? **El Salvador Info**, 19 abr. 2024. Disponível em: <https://elsalvadorinfo.net/nayib-bukele-approval-rate/>. Acesso em: 24. abr. 2024.

GALLIE, W. B. Essentially Contested Concepts. Meeting of the **Aristotelian Society** at 21, Bedford Square, London, W.C.1, on March 12th, 1956.

GARLICKI, Lech. Constitutional Courts and Politics: The Polish Crisis. *In*: LANDFRIED, Christine (ed.). **Judicial Power**: How Constitutional Courts affect Political Transformations. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2019, p. 141-162.

GELLMAN, Mneesha. The Democracy Crisis in El Salvador: An Overview (2019-2022). **CeMeCA's Regional Expert Paper Series**, No. 4, p. 1-16, 2022.

GIBBS, Terry. Business as unusual: what the Chávez era tells us about democracy under globalisation. **Third World Quarterly**, v. 27, n. 2, p. 265-279, 2006.

GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies**: Constitutional courts in Asian cases. New York: Cambridge University Press, 2003.

GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why Do Countries Adopt Constitutional Review? **The Journal of Law, Economics, and Organization**, v. 30, iss. 3, p. 587-622, ago. 2014.

GLEZER, Rubens. **Catimba constitucional**: O STF, do antijogo à crise constitucional. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2021.

GODOY, Miguel Gualano de. **STF e processo constitucional**: Caminhos possíveis entre a ministocracia e o plenário mudo. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021.

GOUVÊA, Carina Barbosa; CASTELO BRANCO, Pedro H. Villas Bôas. **Populist Governance in Brazil**: Bolsonaro in Theoretical and Comparative Perspective. Cham: Springer, 2022.

GRAUTE, Lukas. A Second Term for “the World’s coolest Dictator”? **Verfassungsblog**, 13 nov. 2023. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/a-second-term-for-the-worlds-coolest-dictator/>. Acesso em: 21 mar. 2024.

GRIMM, Dieter. Neue Radikalkritik an der Verfassungsgerichtsbarkeit. **Der Staat**, Berlin, v. 59, iss. 3, p. 321-353, 2020.

GROSS, Ayeal. An Unreasonable Amendment. **Verfassungsblog**, 24 jul. 2023. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/an-unreasonable-amendment/>. Acesso em: 27 fev. 2024.

GROSS, Ayeal. Did the Israeli Supreme Court Kill the Constitutional Coup? **Verfassungsblog**, 09 jan. 2024. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/did-the-israeli-supreme-court-kill-the-constitutional-coup/#:~:text=In the Israeli case%2C the,of-law institutions without scrutiny.> Acesso em: 27 fev. 2024.

HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy**. Translated by William Rehg. Polity Press, 1996.

HALMAI, Gábor. A Coup Against Constitutional Democracy: The Case of Hungary. *In*: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). **Constitutional Democracy in Crisis?** New York: Oxford University Press, 2018, p. 243-256.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers: a collection of essays written in favour of the new Constitution as agreed upon by the Federal Convention, September 17, 1787**. Dublin: Coventry House Publishing, 2015.

HASEN, Richard L. Polarization and the Judiciary. **Annual Review of Political Science**, v. 22, p. 261-276, 2019.

HELMCKE, Gretchen. **Courts under Constraints: Judges, Generals, and Presidents in Argentina**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

HIRSCHL, Ran. The Socio-Political Origins of Israel’s Juristocracy. **Constellations**, v. 16, n. 3, p. 476–492, 2009.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2004.

HO, Daniel E.; QUINN, Kevin M. Did a Switch in Time Save Nine? **Journal of Legal Analysis**, v. 2, n. 1, p. 69–113, 2010.

HUQ, Aziz; GINSBURG, Tom. How to Lose a Constitutional Democracy. **UCLA Law Review**, v. 65, p. 78-169, 2018.

HUQ, Aziz Z.; GINSBURG, Tom. **How to Save a Constitutional Democracy**. Chicago: The University of Chicago Press, 2018.

INDIA. Supreme Court of Índia. **Kesavananda Bharati Sripadagalvaru & Ors. v. State of Kerala & Anr.**, 1973 SCC (4) 225, New Delhi, julgado em 24 de abril de 1973.

ISRAEL REVISES down toll from October 7 attack to ‘around 1,200’. **Al Jazeera**, 10 nov. 2023. Disponível em: <https://www.aljazeera.com/news/2023/11/10/israel-revises-death-toll-from-october-7-hamas-attack-to-1200-people>. Acesso em: 16 abr. 2024.

ISRAEL. Supreme Court of Israel. **Court Laws**. Disponível em: https://www.nevo.co.il/law_html/law00/74849.htm. Acesso em: 29 fev. 2024.

ISRAEL. Supreme Court of Israel. **HCJ 5658/23 Movement for Quality Government in Israel v. Knesset**. Decidido em: 1º jan. 2024. Disponível em: <https://supremedecisions.court.gov.il/Home/Download?path=HebrewVerdicts/23/580/056/v31&fileName=23056580.V31&type=2>. Acesso em: 29 fev. 2024.

JONES, Jeffrey M. Confidence in U.S. Supreme Court Sinks to Historic Low. **Gallup**, 23 jun. 2022. Disponível em: <https://news.gallup.com/poll/394103/confidence-supreme-court-sinks-historic-low.aspx>. Acesso em: 22 maio 2024.

KAPUR, Shail. Democrats to introduce bill to expand Supreme Court from 9 to 13 justices. **NBC News**, 14 abr. 2021. Disponível em: <https://www.nbcnews.com/politics/supreme-court/democrats-introduce-bill-expand-supreme-court-9-13-justices-n1264132>. Acesso em: 20 maio 2024.

KECK, Thomas M. Court-Packing and Democratic Erosion. *In*: Lieberman, Robert C.; METTLER, Suzanne; ROBERTS, Kenneth M. (ed.). **Democratic Resilience: Can the United States Withstand Rising Polarization?** New York: Cambridge University Press, 2022, 141-168.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KONCEWICZ, Tomasz Tadeusz. The Capture of the Polish Constitutional Tribunal and Beyond: Of Institution(s), Fidelities and the Rule of Law in Flux. **Review of Central and East European Law**, v. 43, n. 2, p. 116-173, 2018.

KOSAŘ, David; ŠIPULOVÁ, Katarína. How to Fight Court-Packing? **Constitutional Studies**, v. 6, n. 1, p. 133-163, 2020.

KOVÁCS, Kriszta, TÓTH, Gábor Attila. Hungary’s Constitutional Transformation. **European Constitutional Law Review**, v. 7, iss. 02, p. 183-203, junho 2011.

KREMNITZER, Mordechai. Releasing the Government from Acting Reasonably; or, the Government Says Goodbye to Reasonableness. **Israel Law Review**, v. 56, p. 343–354, 2023.

KRIESI, Hanspeter. Is There a Crisis of Democracy in Europe? **Polit Vierteljahresschr**, v. 61, p. 237-260, 2020.

LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **UC Davis Law Review**, v. 47, p. 189-260, 2013.

LANDAU, David. Constitution-making and authoritarianism in Venezuela: the first time as tragedy, the second as farce. *In*: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). **Constitutional Democracy in Crisis?** New York: Oxford University Press, 2018, p. 161-175.

- LANDAU, David; DIXON, Rosalind. Tiered Constitutional Design. **The George Washington Law Review**, v. 86, p. 438-512, 2018.
- LEHOUCQ, Fabrice; PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. Breaking Out of the Coup Trap - Political Competition and Military Coups in Latin America. **Comparative Political Studies**, v. 47, n 8, p. 1105–1129, 2014.
- LERNER, Hanna. **Making Constitutions in Deeply Divided Societies**. New York: Cambridge University Press, 2011.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **How Democracies Die**. New York: Crown, 2018.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Tyranny of the Minority: Why American Democracy Reached the Breaking Point**. New York: Crown, 2023.
- LEWIS, Paul; LOMAX, Bill; WIGHTMAN, Gordon. The emergence of multi-party systems in East-Central Europe: A comparative analysis. *In*: PRIDHAM, Geoffrey; VANHANEN, Tatu (ed.). **Democratization in Eastern Europe: Domestic and international perspectives**. London; New York: Routledge, 1994, p. 151-188.
- LINZ, Juan. **The Breakdown of Democratic Regimes: Crisis, Breakdown and Reequilibration**. John Hopkins University Press, 1978.
- LÜHRMANN, Anna; LINDBERG, Staffan I. A third wave of autocratization is here: what is new about it? **Democratization**, v. 26, n. 7, p. 1095-1113, 2019.
- LÜHRMANN, Anna; TANNENBERG, Marcusand; LINDBERG Staffan I. Regimes of the World (RoW): Opening New Avenues for the Comparative Study of Political Regimes. **Politics and Governance**, v. 6, iss. 1, p. 60–77, 2018.
- MARCANO, Christina; TYSZKA, Alberto Barrera. **Hugo Chávez: The Definitive Biography of Venezuela's Controversial President**. New York: Random House, 2007.
- MARTÍNEZ, Carlos. “Ahora creo que está muy claro quién tiene el control de la situación”. **El Faro**, 10 fev. 2020. Disponível em: https://elfaro.net/es/202002/el_salvador/24006/“Ahora-creo-que-está-muy-claro-quién-tiene-el-control-de-la-situación”.htm. Acesso em: 24 abr. 2024.
- MAUTNER, Menachem. **Law & The Culture of Israel**. New York: Oxford University Press, 2011.
- MAZZONE, Jason. The Creation of a Constitutional Culture. **Tulsa Law Review**, v. 40, n. 4, p. 671-698, 2005.
- MEDINA, Barak; BLOCH, Ofra. The Two Revolutions of Israel’s National Identity. **Israel Law Review**, v. 56, p. 305–319, 2023.
- MEIGS, William. **The Relation of the Judiciary to the Constitution**. New York: Da Capo Press, 1971.

MELENDEZ-SÁNCHEZ, Manuel. Millennial Authoritarianism in El Salvador. **Journal of Democracy**, v. 32, n. 3, p. 19-32, 2021.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. New York: Oxford University Press, 2013.

MENDES, Conrado Hübner. Defender o STF de seus ministros. **Folha de São Paulo**, 05 jun. 2024. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2024/06/defender-o-stf-de-seus-ministros.shtml>. Acesso em: 11 jun. 2024.

MERINO, Manuel. El Salvador. *In*: BARROSO, Luís Roberto; ALBERT, Richard (ed.). **The 2020 International Review of Constitutional Reform**. Austin: Program on Constitutional Studies at the University of Texas at Austin; International Forum on the Future of Constitutionalism, 2020, p. 105-108.

MERINO, Manuel. El Salvador. *In*: BARROSO, Luís Roberto; ALBERT, Richard (ed.). **The 2021 International Review of Constitutional Reform**. Austin: Program on Constitutional Studies at the University of Texas at Austin; International Forum on the Future of Constitutionalism, 2020, p. 81-83.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **Constitutional Erosion in Brazil**. New York: Hart Publishing, 2021.

MIHR, Anja. Regime Consolidation through Transitional Justice in Europe: The Cases of Germany, Spain and Turkey. **International Journal of Transitional Justice**, v. 11, iss. 1, p. 113–131, 2017.

MØLLER, Jørgen; SKAANING, Svend-Erik; TOLSTRUP, Jakob. International Influences and Democratic Regression in Interwar Europe: Disentangling the Impact of Power Politics and Demonstration Effects. **Government and Opposition**, v. 52, n. 4, p. 559–586, 2017.

MOUFFE, Chantal. **The Democratic Paradox**. London; New York: Verso, 2000.

NAVOT, Doron; PELED, Yoav. Towards a Constitutional Counter-Revolution in Israel? **Constellations**, v. 16, n. 3, p. 429-444, 2009.

NAVOT, Suzie. An Overview of Israel's 'Judicial Overhaul': Small Parts of a Big Populist Picture. **Israel Law Review**, v. 56, p. 482–501, 2023.

NELSON, Michael. The President and the Court: Reinterpreting the Court-packing Episode of 1937. **Political Science Quarterly**, v. 103, n. 2 p. 267-293, 1988.

NILSSON, Martin. Nayib Bukele: populism and autocratization, or a very popular democratically elected president? **Journal of Geography, Politics and Society**, v. 12, n. 2, p. 16–26, 2022.

NORD, Marina et al. **Democracy Report 2024: Democracy Winning and Losing at the Ballot**. University of Gothenburg: V-Dem Institute, 2024.

ODER, Bertil Emrah. The Turkish Constitutional Court and Turkey's Democratic Breakdown: Judicial Politics Under Pressure. **ICL Journal**, v. 18, iss. 1, p. 127–163, 2024.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. Judicialização da Política, Auto-restrição judicial e a Defesa da Constituição: algumas lições de Carl Schmitt em Der Hüter der Verfassung. **doisPontos**, Curitiba, São Carlos, v. 17, n. 2, p. 63-84, dez. 2020.

ÖRÜCÜ, Esin. The Constitutional Court of Turkey: The Anayasa Mahkemesi as the Protector of the System. **J. Comp. L.**, v. 3, p. 254-268, 2008.

O'SHAUGHNESSY, Laura Nuzzi; DODSON, Michael. Political Bargaining and Democratic Transitions: A Comparison of Nicaragua and El Salvador. **Journal of Latin American Studies**, v. 31, n. 1, p. 99-127, 1999.

OUR WORLD IN DATA. Judicial constraints on the executive index, 2022. **V-Dem** (2023). Disponível em: <https://ourworldindata.org/grapher/judicial-constraints-on-the-executive-index?country=~VEN>. Acesso em: 20 mar. 2024.

OUR WORLD IN DATA. Liberal democracy index, 2022. **V-Dem** (2023). Disponível em: <https://ourworldindata.org/explorers/democracy?time=latest&country=~TUR&Dataset=Varieties+of+Democracy&Metric=Liberal+democracy&Sub-metric=Main+index+test>. Acesso em: 20 mar. 2024.

PEYTON, Buddy; et al. **Cline Center Coup d'État Project Dataset** (2024). University of Illinois at Urbana-Champaign. https://doi.org/10.13012/B2IDB-9651987_V7.

PIANARO, Rick Daniel. É preciso estar atento e forte: Supremo e a 'PEC do Pijama'. **JOTA**, 10 jun. 2020. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/e-preciso-estar-atento-e-forte-supremo-e-a-pec-do-pijama-10062020#_ednref5. Acesso em: 20 mar. 2024.

POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. Constitutional Showdowns. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 156, p. 991-1048, 2008.

POSNER, Richard A. Enlightened Despot. **The New Republic**, 23 abr. 2007. Disponível em: <https://newrepublic.com/article/60919/enlightened-despot>. Acesso em: 15 abr. 2024.

“PRZYJDZIE dzień, że w Warszawie będzie Budapeszt”. **TNV24**, 9 out. 2011. Disponível em: <https://tvn24.pl/polska/przyjdzie-dzien-ze-w-warszawie-bedzie-budapeszt-ra186922-ls3535336>. Acesso em: 14 mar. 2024.

RECONDO, Felipe. **Tanques e togas: o STF e a Ditadura Militar**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ROSENFELD, Luis. **As Encruzilhadas da Justiça no Estado Novo (1937-1945): o Supremo Tribunal Federal e a Ideia de Oligarquia da Toga**. Rev. Fac. Dir. Uberlândia, v. 48, n. 1, p. 134-155, jan./jul. 2020.

ROUX, Theunis. **The Politics of Principle: The first South Africa Constitutional Court, 1995-2005**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

ROZNAI, Yaniv; COHEN, Amichai. Populist Constitutionalism and the Judicial Overhaul in Israel. **Israel Law Review**, v. 56, p. 502–520, 2023.

ROZNAI, Yaniv; DIXON, Rosalind; LANDAU, David E. Judicial Reform or Abusive Constitutionalism in Israel. **Israel Law Review**, v. 56, 292–304, 2023.

ROZNAI, Yaniv. Israel: A Crisis of Liberal Democracy? *In*: GRABER, Mark A.; LEEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). **Constitutional Democracy in Crisis?** New York: Oxford University Press, 2018, p. 355-375.

ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers.** New York: Oxford University Press, 2017.

RUIZ-ALBA, Noelia. The communications strategy via Twitter of Nayib Bukele: the millennial president of El Salvador. **Communication & Society**, v. 33, p. 259-275, 2020.

SADURSKI, Wojciech. Constitutional Crisis in Poland. *In*: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). **Constitutional Democracy in Crisis?** New York: Oxford University Press, 2018, p. 257-275.

SADURSKI, Wojciech. **Poland’s Constitutional Breakdown.** New York: Oxford University Press, 2019.

SADURSKI, Wojciech. Poland’s Elections: Free, perhaps, but not Fair. *Verfassungsblog*, 20 set. 2023. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/polands-elections-free-perhaps-but-not-fair/>. Acesso em: 23 abr. 2024.

SAMPAIO, Cristiane. “Delação de presos sugere tortura”, afirma Gilmar Mendes citando ministro do STJ. **Brasil de Fato**, 17 out. 2019. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2019/10/17/delacao-de-presos-sugere-tortura-afirma-gilmar-mendes-citando-ministro-do-stj>. Acesso em: 11 jun. 2024.

SAPIR, Gideon. Constitutional revolutions: Israel as a case-study. **International Journal of Law in Context**, v. 5, n. 4. p. 355–378, 2009.

SCHEPPELE, Kim L. Autocratic Legalism. **University of Chicago Law Review**, v. 85, iss. 2, p. 545-583, 2018.

SCHEPPELE, Kim L. Constitutional Revenge. *Verfassungsblog*, 03 mar. 2013. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/constitutional-revenge/>. Acesso em: 26 out. 2022.

SHAPIRO, Martin. The European Court of Justice: Of Institutions and Democracy. **Israel Law Review**, v. 32, n. 1, p. 3–50, 1998.

SHERIDAN, Mary Beth; ESCOBAR, Carmen Valeria. ‘World’s coolest dictator’ reelected in El Salvador: What to know. **The Washington Post**, 4 fev. 2024. Available at: <https://www.washingtonpost.com/world/2024/02/03/el-salvador-election-nayib-bukele/>. Accessed in 25 abr. 2024.

SIEGEL, Andrew M. Constitutional Theory, Constitutional Culture. **Journal of Constitutional Law**, v. 18, n. 4, p. 1067-1128, 2016.

SIEGEL, Neil S. The Trouble with Court-Packing. **Duke Law Journal**, v. 72, p. 71-159, 2022.

SILVA, Virgílio Afonso da. Constitutional Courts / Supreme Courts, General. In: GROTE, Rainer; LACHENMANN, Frauke; WOLFRUM, Rüdiger (ed.). **Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law**. Available at: <https://oxcon.ouplaw.com/page/595>. Accessed in 24 abr. 2024.

SILVA, Virgílio Afonso da. Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado: sobre a inconstitucionalidade da dupla revisão e da alteração no quórum de 3/5 para aprovação de emendas constitucionais. **Revista de Direito Administrativo**, v. 226, p. 11-32, 2001.

ŚLEDZIŃSKA-SIMON, Anna. The Rise and Fall of Judicial Self-Government in Poland: On Judicial Reform Reversing Democratic Transition. **German Law Journal**, v. 19, n. 7, p. 1839-1870, dez. 2018.

SNYDER, Timothy. **On Tyranny: Twenty Lessons from the Twentieth Century**. London: The Bodley Head, 2017.

SOBREIRA, David. Como os Tribunais morrem: o caso da Hungria (entrevista com Tímea Drinóczi). **JOTA**, 14 abr. 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/como-os-tribunais-morrem-o-caso-da-hungria-14042023>. Acesso em: 04 abr. 2024.

SOBREIRA, David. Como os Tribunais morrem: o caso da Venezuela (entrevista com Raul Sanchez Urribarri). **JOTA**, 04 fev. 2024. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/como-os-tribunais-morrem-o-caso-da-venezuela-04022024.%20Acesso%20em:%2001%20abr.%202024>. Acesso em: 01 abr. 2024.

SOBREIRA, David. Como os Tribunais morrem: o caso de Israel (entrevista: Yaniv Roznai). **JOTA**, 24 mar. 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/como-os-tribunais-morrem-o-caso-de-israel-24032023>. Acesso em: 14 mar. 2024.

SOBREIRA, David; COUTINHO, Carlos Marden Cabral. Domesticando a Justiça. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 10, n. 2, e242, maio/ago. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. Entre fetiches por ditadura e vivandeirismo, o que o Direito pode fazer? **Conjur**, 19 abr. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-18/streck-entre-fetiches-vivandeirismo-direito/>. Acesso em: 27 maio 2024.

SWEENEY, Richard J. Constitutional conflicts in the European Union: Court packing in Poland versus the United States. **Economics and Business Review**, v. 4, n. 4, p. 3-29, 2018.

TARVER, H. Michael; FREDERICK, Julia C. **The History of Venezuela**. Westport, Connecticut: Greenwood Publishing Group, 2005.

TAYLOR, Matthew M. The Limits of Judicial Independence: A Model with Illustration from Venezuela under Chávez. **Journal of Latin American Studies**, v. 46, iss. 2, p 229 – 259, maio 2014.

TÓTH, Csaba. Full text of Viktor Orbán's speech at Băile Tuşnad (Tusnádfürdő) of 26 July 2014. **The Budapest Beacon**, 29 jul. 2014. Disponível em: <https://budapestbeacon.com/full-text-of-viktor-orbans-speech-at-baile-tusnad-tusnadfurdo-of-26-july-2014/>. Acesso em: 14 mar. 2024.

TRIPATHY, Rangin Pallav. Unveiling India's Supreme Court Collegium: Examining Diversity of Presence and Influence. **Asian Journal of Comparative Law**, v. 18, n. 2, p. 179–209, 2023.

TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball. **The John Marshall Law Review**, v. 37, n. 7, p. 523-553, 2004.

TUSHNET, Mark (ed.). **I dissent: Great Opposint Opinions in Landmark Supreme Court Cases**. Boston: Beacon Press, 2008.

URRIBARRI, Raul A. Sanchez. Courts between Democracy and Hybrid Authoritarianism: Evidence from the Venezuelan Supreme Court. **Law & Social Inquiry**, v. 36, iss. 4, p. 854–884, 2011.

UZUN, Mehmet Cengiz. The Protection of Laicism in Turkey and the Turkish Constitutional Court: The Example of the Prohibition on the Use of the Islamic Veil in Higher Education. **Penn State International Law Review**, v. 28, n. 3, p. 383-426, 2010.

VAROL, Ozan O.; PELLEGRINA, Lucia Dalla; GAROUPA, Nuno. An Empirical Analysis of Judicial Transformation in Turkey. **The American Journal of Comparative Law**, v. 65, n. 1, p. 187-216, 2017.

VAROL, Ozan O. Stealth Authoritarianism in Turkey. *In*: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). **Constitutional Democracy in Crisis?** New York: Oxford University Press, 2018, p. 339-354.

VAROL, Ozan O. Stealth Authoritarianism. **Iowa Law Review**, v. 100, p. 1673-1742, 2015.

VERMEULE, Adrian. Veil of Ignorance Rules in Constitutional Law. **The Yale Law Journal**, v. 111, n. 2., p. 399-433, nov. 2001.

VINX, Lars. **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of Constitutional Law**. Cambridge University Press, 2015.

WEILL, Rivka. Court packing as an antidote. **Cardozo Law Review**, v. 42, iss. 7, p. 2705-2761, 2021.

ANEXO I – ATA DE DEFESA



**ATA DA SESSÃO DE DEFESA DE DISSERTAÇÃO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO**

Defesa nº 100/2024

Ata da sessão de Defesa de Dissertação de Mestrado apresentada pelo(a) Mestrando(a) **DAVID SOBREIRA BEZERRA DE MENEZES**, sob o título **“TAMING JUSTICE: HOW COURTS DIE AND WHAT CAN BE DONE TO SAVE THEM”**.

Às 09h00min, do dia 17, do mês de julho, do ano de 2024, no Centro Universitário Christus - UNICHRISTUS, sede Parque Ecológico, Fortaleza - CE, **por meio de videoconferência**, reuniu-se a Comissão designada para proceder ao julgamento da Dissertação apresentada pelo(a) mestrando(a) **DAVID SOBREIRA BEZERRA DE MENEZES**, sob o título **“TAMING JUSTICE: HOW COURTS DIE AND WHAT CAN BE DONE TO SAVE THEM”**. A Comissão Examinadora foi composta pelos Professores **DOUTOR(A) JURACI MOURÃO LOPES FILHO (UNICHRISTUS)**, na qualidade de membro e Presidente da Mesa, **DOUTOR(A) YANIV ROZNAI (REICHMAN UNIVERSITY)**, **DOUTOR(A) DAVID E. LANDAU (FLORIDA STATE UNIVERSITY)** e **DOUTOR(A) CARLOS MARDEN CABRAL COUTINHO (UNICHRISTUS)**. Em sessão pública, após a exposição aproximada de 20 (vinte) minutos, o(a) mestrando(a) foi arguido(a) oralmente pelos membros da Banca, obtendo como resultado: APROVADO, de acordo com as orientações definidas pelo colegiado do Programa de Pós-Graduação e Pesquisa do Mestrado Acadêmico em Direito. Após a sessão de defesa do trabalho de conclusão, o(a) aluno(a) deverá, em um prazo de 30 (trinta) dias, entregar uma via eletrônica de seu trabalho de conclusão, aprovado pelo(a) orientador(a), com a inclusão das eventuais modificações sugeridas pela Comissão Examinadora na sessão de defesa oral, por meio do link <https://bit.ly/entrega-dissertacao>, como condição final para a expedição do diploma. Na forma regulamentar, foi lavrada a presente Ata que está assinada pelos membros da Comissão Examinadora abaixo mencionados e pelo mestrando(a).

Fortaleza 17 de julho de 2024.

DocuSigned by:
JURACI MOURÃO LOPES FILHO
0DD283A7257C475...

PROF.(A) DOUTOR(A) JURACI MOURÃO LOPES FILHO
Orientador(a)/Presidente - CPF: 624.758.863-15

Signed by:
YANIV ROZNAI
4482CCE8D2E04C3...

PROF.(A) DOUTOR(A) YANIV ROZNAI
Membro - Passaporte nº 39040581

Signed by:
DAVID E. LANDAU
2837D979C89F492...

PROF.(A) DOUTOR(A) DAVID E. LANDAU
Membro - Passaporte nº 546220591

Assinado por:
CARLOS MARDEN CABRAL COUTINHO
35F1E914FE604F8...

PROF.(A) DOUTOR(A) CARLOS MARDEN CABRAL COUTINHO
Membro - CPF: 568.042.703-63

Assinado por:
DAVID SOBREIRA
9488ABDB59474DF...

DAVID SOBREIRA BEZERRA DE MENEZES
Mestrando - CPF: 001.516.203-69

