

DEMOCRACIA E PAPEL DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

Conselho Constitucional francês, 8 de setembro de 2025

I. INTRODUÇÃO

II. A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

III. A RECESSÃO DEMOCRÁTICA

IV. O DEBATE SOBRE A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

1. Por que o Judiciário
2. Supremacia da Constituição
3. Controle de constitucionalidade

V. TRANSFORMAÇÕES DO CONSTITUCIONALISMO E EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

1. Criação de cortes constitucionais em todo o mundo
2. A força normativa da Constituição
3. A constitucionalização do direito e as novas categorias da interpretação constitucional

VI. MISSÕES E PAPEIS DAS CORTES CONSTITUCIONAIS E SUPREMAS CORTES

1. Dois diferentes modelos de jurisdição constitucional
2. Missões das supremas cortes e tribunais constitucionais
3. Papeis das supremas cortes e tribunais constitucionais

VII. BREVE COMPARAÇÃO ENTRE BRASIL E FRANÇA

1. O modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil
2. O papel diferenciado do Supremo Tribunal Federal
3. A questão prioritária constitucional do direito constitucional francês

VIII. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E ASCENSÃO DO POPULISMO AUTORITÁRIO

1. O que é e como age
2. As tensões entre o populismo autoritário e as cortes constitucionais
3. Algumas consequências do populismo autoritário

IX. O QUE ACONTECEU NO BRASIL

X. CONCLUSÃO

I. INTRODUÇÃO

1. Boa noite a todos. Eu tenho muito prazer e muita honra de estar aqui e de poder compartilhar algumas ideias e reflexões sobre o tema Democracia e o papel das cortes constitucionais.

2. Gostaria de agradecer o convite feito pelo Presidente Richard Ferrand, bem como a gentil apresentação que vem de fazer. Agradeço, também, ao meu estimado amigo, Professor Dominique Rousseau, um dos grandes constitucionalistas da atualidade, pela atenção com que me recebeu.

3. Peço desculpas, logo de início, pelas minhas dificuldades com a língua francesa, uma das mais lindas do mundo, gravemente comprometida pelo meu sotaque e falta de prática. Eu ainda pretendo remediar isso em futuro próximo.

⇒ Eu pretendo falar sobre o estado da arte da democracia e da jurisdição constitucional no mundo contemporâneo, assim como dos questionamentos e dificuldades que uma e outra têm enfrentado.

II. A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

1. **Ideologia vencedora.** A democracia constitucional foi a ideologia vencedora do século XX, superando os projetos alternativos que surgiram ao longo das décadas: comunismo, fascismo, nazismo, regimes militares e fundamentalismos religiosos.

⇒ Alguns dirão que não foi propriamente a democracia, mas, na verdade, o capitalismo e a livre-iniciativa que prevaleceram.

2. **Dois lados da mesma moeda.** A democracia constitucional é um conceito que contém dois lados de uma mesma moeda. De um lado estão: soberania popular, eleições livres e limpas e governo da maioria; do outro, poder limitado, Estado de Direito e respeito aos direitos fundamentais.

3. **Supremas Cortes.** A maioria das democracias do mundo também inclui, em seu arranjo institucional, uma corte suprema ou constitucional que tem como uma de suas principais missões arbitrar os conflitos que às vezes surgem entre a democracia – ou seja, a vontade da maioria – e os valores constitucionais: respeito ao Estado de Direito e aos direitos fundamentais de todos.

⇒ **Votos, direitos e razões.** As democracias contemporâneas são feitas de votos, direitos e razões. Isso significa que elas não se limitam ao processo eleitoral, mas também exigem o respeito aos direitos de todos e um debate público permanente, que dá legitimidade às decisões políticas.

III. RECESSÃO DEMOCRÁTICA

1. **Algo parece ter dado errado.** Embora a democracia constitucional tenha sido, como eu mencionei, a ideologia vencedora do século XX, algo parece ter dado errado com o constitucionalismo democrático nos últimos anos. Isso em numerosas partes do mundo, provocando um cenário que é descrito por diferentes autores como “recessão democrática”, “retrocesso democrático”, “constitucionalismo abusivo”, “autoritarismo competitivo”, “democracia iliberal” ou “legalismo autocrático”, entre outros termos depreciativos.

2. **Exemplos pelo mundo.** As expressões têm sido usadas para identificar experiências como as que ocorreram em diferentes países, como Hungria, Polônia, Turquia, Rússia, Filipinas, Venezuela e Nicarágua, entre outros, inclusive no Brasil. Até mesmo democracias consolidadas passaram por momentos de turbulência e descrença nas instituições, como o Brexit no Reino Unido, a invasão do Capitólio nos Estados Unidos e da sede dos três Poderes no Brasil.

3. **Líderes eleitos, não golpes de Estado.** Em todos esses casos, tal qual apontado por Levitsky e Ziblatt, a erosão da democracia não ocorreu por meio de um golpe de Estado, sob as armas de algum general e seus subordinados. Nos exemplos acima, o processo de subversão democrática ocorreu pelas mãos de presidentes e primeiros-ministros inicialmente eleitos pelo voto popular¹.

⇒ **Mesmo democracias consolidadas.** Até mesmo democracias consolidadas sofreram com os avanços do populismo e do extremismo, como o Reino Unido, a Alemanha e os Estados Unidos. Evidentemente, como convidado neste país, não cabe a mim comentar o contexto local.

IV. LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

1. **O que é a jurisdição constitucional.** A jurisdição constitucional consiste na atividade de interpretar e aplicar a Constituição, inclusive exercendo o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

2. **Controle difuso e incidental. EUA.** Em muitos países, inclusive os Estados Unidos, esse controle de constitucionalidade é difuso e incidental, isto é, pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal no exame de um caso concreto submetido à sua apreciação.

⇒ **Questão prejudicial.** A constitucionalidade ou não da lei aplicável ao caso é uma questão prejudicial ao julgamento.

¹ Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, *Como As Democracias Morrem*, 2018.

3. **Controle concentrado. Europa.** Em outros países, que inclui a maioria dos países da Europa, esse controle é exercido de maneira concentrada, em um tribunal constitucional ou, no caso da França, no Conselho Constitucional.

1. **Debate perene acerca da legitimidade do controle de constitucionalidade.** Há um perene debate na teoria constitucional acerca da legitimidade democrática da jurisdição constitucional ou, mais especificamente, do controle de constitucionalidade de leis e atos administrativos pelo Poder Judiciário.

⇒ O controle de constitucionalidade (*judicial review*) consiste no poder dos tribunais e, especialmente, das supremas cortes ou tribunais constitucionais de invalidar atos do Legislativo e do Executivo quando considerá-los contrários à Constituição.

2. **Agentes públicos não eleitos.** A principal crítica a esse poder reside no fato de agentes públicos não eleitos poderem sobrepor a sua valoração da Constituição à decisão política tomada por representantes democraticamente eleitos pelo voto popular.

3. **Justificativas para a legitimidade.** Uma explicação positivista para essa competência é a *supremacia da Constituição*, princípio do qual decorre, implícita ou explicitamente, o poder de se exercer o controle de constitucionalidade das leis, dos atos administrativos e das próprias decisões judiciais proferidas por juízes e tribunais.

⇒ **Três questões.** Cabe aqui enfrentar três questões: (i) por que o Poder Judiciário é que deve ter essa atribuição; (ii) por que a Constituição deve ser tratada como uma lei suprema e (iii) qual a justificativa filosófica para a existência do controle de constitucionalidade? A seguir, uma breve resposta para cada uma dessas indagações.

IV.1. POR QUE O JUDICIÁRIO

1. **Técnica, distanciamento da política e imparcialidade.** A razão para se reservar a competência para o controle de constitucionalidade para os tribunais se deve à formação técnica dos juízes, ao seu distanciamento em relação à política e pelo correspondente dever de agir imparcialmente. A esse propósito, alguns autores falam em *supremacia judicial*, mas não é bem assim que as coisas se passam.

2. **Não se trata de vontade própria dos juízes.** Em primeiro lugar, porque a interpretação constitucional não deve ser vista como um exercício de vontade própria por juízes,

mas uma leitura das normas constitucionais dentro dos seus sentidos possíveis, em sintonia com os valores da sociedade e o espírito do tempo.

3. **Última palavra sempre poderá ser do Legislativo.** E, ademais, o Legislativo, no exercício do seu poder constituinte derivado ou reformador, sempre poderá aprovar emenda superadora da jurisprudência firmada pela Suprema Corte ou pela Corte Constitucional. Vale dizer: sempre haverá a possibilidade de algum tipo de diálogo institucional.

IV.2. SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO (POR QUE A CONSTITUIÇÃO DEVE SER TRATADA COMO LEI SUPREMA)

1. **Valores transcendentais e freios e contrapesos.** Se não fosse a supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade, o Poder Legislativo poderia simplesmente reescrever a Constituição por meio de legislação ordinária. Isso traria duas consequências negativas:

a) os valores maiores, transcendentais, previstos na Constituição ficariam sujeitos às maiorias eventuais e às paixões políticas de cada momento; e

b) ficaria abolido o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), que impede que qualquer poder se torne hegemônico.

2. **Momentos constitucionais.** No plano da justificação filosófica, a supremacia constitucional decorre do fato de que Constituições são elaboradas em *momentos constitucionais* (expressão cunhada por Bruce Ackerman), ocasiões específicas, fora da rotina da vida e das conjunturas ordinárias. Momentos constitucionais envolvem especial mobilização cívica, com participação popular ampla e mesmo maior elevação espiritual.

3. **Valores superiores e direitos fundamentais.** Nesses momentos, o povo escolhe os valores superiores e os direitos fundamentais que deverão ser respeitados no futuro, independentemente de quem esteja no poder. A Constituição funciona, assim, como um seguro contra as paixões partidárias, imunizando aqueles valores e direitos dos vendáveis efêmeros da política.

IV.3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1. **Justificação filosófica.** A justificação filosófica do controle de constitucionalidade se funda no fato de que a democracia é mais do que apenas o governo da maioria. Ela inclui, na sua essência, a promoção de valores e de direitos que dão a identidade de uma determinada sociedade. Por isso mesmo, é possível falar em uma identidade constitucional, que só pode ser alterada pela convocação do poder constituinte originário.

2. **Cristãos e muçulmanos.** Não é difícil exemplificar que a democracia é mais do que o governo da maioria. Se houver oito cristãos e dois muçulmanos numa sala, os cristãos não podem deliberar jogar os muçulmanos pela janela. Há valores e direitos a serem respeitados pela maioria.

⇒ **Identidade constitucional.** O conceito de identidade constitucional, por sua vez, foi utilizado pela Corte Constitucional da Colômbia quando considerou que uma emenda constitucional que permitia ao presidente um terceiro mandato violava, precisamente, a identidade da Constituição colombiana.

3. **Teorias nos EUA.** Nos Estados Unidos, onde não há previsão expressa na Constituição acerca do controle de constitucionalidade (embora referido no Federalista nº 78, de Alexander Hamilton), foram desenvolvidas diferentes teorias para justificar a legitimidade da *judicial review*.

⇒ **Teorias mais conhecidas.** Entre as mais famosas estão a da *dificuldade contramajoritária* de Alexander Bickel (proteção dos valores constitucionais e das minorias quando a política majoritária falha), a do reforço de representação (*representation-reinforcement*), de John Hart Ely (cortes devem intervir para assegurar participação política e prevenir distorções sistêmicas), a *leitura moral da Constituição*, de Ronald Dworkin, o *originalismo*, de Robert Bork, Antonin Scalia e outros, o *constitucionalismo popular*, de Larry Kramer e outros e o *minimalismo judicial*, de Cass Sunstein.

Em suma: a democracia é mais do que o governo da maioria, porque ela pressupõe o respeito a determinados valores, aos direitos fundamentais e ao Estado de direito, isto é, às regras do jogo. Esses valores, direitos e regras estão previstos na Constituição e as supremas cortes e tribunais constitucionais, por não serem órgãos da política majoritária, são as instituições mais adequadas para interpretá-la e protegê-los.

V. TRANSFORMAÇÕES DO CONSTITUCIONALISMO E EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

1. **Três fatores impactaram o direito constitucional.** Desde o segundo pós-guerra, o direito constitucional vem passando por transformações profundas na sua dogmática, com significativa expansão da jurisdição constitucional. A seguir, são analisados três fatores que impactaram a maneira como se pensa e como se pratica o direito constitucional na atualidade.

V.1. CRIAÇÃO DE CORTES CONSTITUCIONAIS EM TODO O MUNDO

1. **O primeiro desses fatores foi a criação de cortes constitucionais em todo o mundo.** Até o final da 2ª. Guerra Mundial, havia dois modelos de constitucionalismo no mundo democrático: o da supremacia do Parlamento, praticado amplamente na Europa; e o da supremacia da Constituição, adotado nos Estados Unidos, onde uma Suprema Corte tinha o poder de declarar inconstitucionais atos dos outros dois Poderes.

2. **O modelo se irradiou.** Após a 2ª Guerra, na Europa, a Alemanha e a Itália instituíram cortes constitucionais, com a atribuição de controle de constitucionalidade. A partir daí, o modelo se irradiou pelo mundo nas sucessivas ondas de redemocratização e constitucionalização que alcançaram inúmeros países.

⇒ Nos anos 70 (Portugal, Espanha, Grécia), nos anos 80 (Brasil, Argentina, Chile) e nos anos 90 (países do leste europeu). Todos esses países criaram ou ressignificaram suas cortes constitucionais ou supremas cortes.

3. **O Conselho Constitucional francês.** Na França, a Constituição de 1958 criou o Conselho Constitucional, embora em um modelo diferente do de outros países, porque limitado ao controle preventivo de constitucionalidade das leis.

⇒ **Decisão do Conselho de 1971.** O papel do Conselho se torna mais importante a partir de 1971, com o entendimento de que as normas contidas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, por estarem referidas no preâmbulo da Constituição de 1958, integram o bloco de constitucionalidade. Sobre a Questão Prioritária de Constitucionalidade falarei em seguida.

V.2. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO.

1. **O segundo fator: a Constituição como norma jurídica.** Na sequência, veio o reconhecimento da força normativa da Constituição. A Constituição vista como uma norma jurídica, dotada de imperatividade. Superou-se a concepção da Constituição como um documento político, uma convocação à atuação dos poderes públicos, cuja concretização dependia da atuação do legislador ou da administração.

2. **Prevalência do modelo de supremacia da Constituição.** Progressivamente, passou-se a ver a Constituição como um documento jurídico, de aplicabilidade direta e imediata, inclusive e sobretudo pelo Poder Judiciário. Quase todas as democracias do mundo passaram a adotar o modelo de supremacia da Constituição, com controle de constitucionalidade.

3. **Maior protagonismo das cortes constitucionais.** Este fato – possibilidade de declarar inconstitucionais atos dos outros Poderes – somado à circunstância de que as Constituições se tornaram mais analíticas, regulando diferentes matérias no âmbito do Estado e da sociedade, deu maior protagonismo às cortes constitucionais.

⇒ **A experiência francesa.** As coisas se passaram de maneira um pouco diferentes na França, em razão do papel mais limitado que inicialmente se reservou ao Conselho Constitucional, que só podia realizar o controle *a priori* de constitucionalidade.

V.3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E O SURGIMENTO DE NOVAS CATEGORIAS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

1. **A Constituição passa para o centro do sistema jurídico.** As constituições do pós-guerra, a expansão da jurisdição constitucional e a força normativa da Constituição terminaram por substituir o Estado legislativo de direito por um Estado constitucional de direito. Nesse novo cenário, a Constituição passa para o centro do sistema jurídico, de onde foi paulatinamente deslocado o bem e velho direito civil.

2. **Leitura de todo o Direito à luz da Constituição.** A partir daí as normas constitucionais sofrem um efeito expansivo e passam a se irradiar por todo o sistema. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras constitucionais passam a condicionar a validade, o sentido e o alcance de todas as normas do sistema jurídico.

3. **Aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas.** Essa expansão do impacto da Constituição se projeta sobre todos os poderes e, em alguma medida, também nas relações privadas. Há vasta literatura e alguma jurisprudência, sobretudo a partir da Alemanha, acerca do que tem sido referido como eficácia horizontal dos direitos fundamentais ou aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas.

1. **Técnicas menos formalistas de interpretação constitucional.** Este cenário, aliado às complexidades da vida moderna, levaram a uma relativa superação do formalismo jurídico, com a introdução de técnicas menos rígidas de interpretação jurídica em geral, e de interpretação constitucional em particular.

2. **Princípios, colisões de normas e ponderação.** Surgiram ou se aprofundaram, assim, novas categorias na interpretação constitucional, como a normatividade dos princípios, sua clara distinção em relação às regras, o reconhecimento das colisões de normas constitucionais e a necessidade da ponderação como técnica decisória.

3. **Razoabilidade e proporcionalidade.** Princípios como o da razoabilidade e o da proporcionalidade se incorporam à prática jurisprudencial de boa parte dos países do mundo, especialmente para aferir a validade dos comportamentos administrativos e das restrições a direitos fundamentais.

VI. MISSÕES E PAPEIS DAS SUPREMAS CORTES E TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

VI.1. DOIS DIFERENTES MODELOS DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

1. **O papel do Judiciário.** A maioria das democracias reserva uma parte do poder para ser exercida por agentes públicos que não são eleitos. Esse é o caso do Judiciário. Sua função não é representar a vontade da maioria, mas interpretar a Constituição e as leis de forma técnica e imparcial.

2. **Supremas cortes e cortes constitucionais.** O intérprete maior da Constituição são as supremas cortes ou os tribunais constitucionais (e, no caso francês, o Conselho Constitucional). Há diferenças de formatação do órgão de controle e de procedimentos entre essas distintas fórmulas.

3. **Modelo de supremas cortes.** No modelo de supremas cortes – adotado em países como Estados Unidos, Canadá e Brasil, entre outros –, elas integram a estrutura do Poder Judiciário, situando-se em seu topo. Os integrantes das supremas cortes são nomeados em caráter vitalício.

4. **Modelo de tribunais constitucionais.** No modelo de tribunais constitucionais – adotado na Europa, em geral, e na Colômbia, entre outros –, eles normalmente se situam fora da estrutura do Poder Judiciário e seus membros são nomeados para um mandato a prazo fixo: 12 anos na Alemanha, 9 anos na Itália e em Portugal.

5. **Mesma atribuição.** A despeito das distinções existentes, supremas cortes, tribunais constitucionais e, já agora, o Conselho Constitucional francês, desempenham a mesma atribuição: assegurar a supremacia da Constituição e exercer o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, retirando do sistema ou paralisando a eficácia das leis e atos administrativos incompatíveis com a Constituição.

VI.2. MISSÕES DAS SUPREMAS CORTES E TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

As supremas cortes ou tribunais constitucionais em países democráticos precisam cumprir três missões importantes:

1. **Governo da maioria.** Garantir o governo da maioria, assegurando a posse e o exercício do poder pelos que foram eleitos por voto popular. Em países como o Brasil, por exemplo, é o Judiciário que organiza as eleições e dá posse aos eleitos.

⇒ **Deferência com os outros Poderes.** Como decorrência do princípio democrático, as cortes devem ser deferentes para com as decisões políticas tomadas pelos poderes eleitos, só devendo interferir quando elas sejam inequivocamente contrárias às Constituições.

2. **Preservar a democracia.** A segunda missão é a de preservar a democracia e o Estado de direito, impedindo que as majorias abusem do poder, alterando as regras do jogo em seu próprio benefício, a fim de perpetuar-se no poder; e

3. **Proteger os direitos fundamentais.** Proteger os direitos fundamentais de todos, inclusive das minorias e grupos vulneráveis.

VI.3. PAPEIS DAS SUPREMAS CORTES E TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

1. **Três papéis distintos.** No desempenho de suas missões, as cortes exercem o poder de invalidar leis, de interpretá-las conforme a Constituição ou de sanar omissões dos outros Poderes. Ao fazê-lo, desempenham três papéis distintos, que explico a seguir: contramajoritário, representativo e iluminista.

2. **Papel contramajoritário.** O papel *contramajoritário* é universalmente reconhecido na teoria constitucional e a denominação se refere ao fato de que juízes não eleitos podem declarar nulas deliberações de agentes públicos eleitos e que, supostamente, representam as majorias políticas. É o papel que toda corte exerce quando declara uma lei inconstitucional. O exemplo pioneiro foi o caso *Marbury v. Madison*, decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1803.

3. **Cortes constitucionais costumam se alinhar com as majorias.** Cabe aqui uma observação importante: as cortes constitucionais *podem* desempenhar esse papel contramajoritário, mas na maioria dos casos não o exercem. Vale dizer, com maior frequência, elas adotam uma postura de deferência em relação aos outros ramos de governo, só excepcionalmente invalidando suas decisões. As cortes constitucionais, portanto, costumam se alinhar com as majorias políticas.

⇒ **Dois outros papéis.** Há dois outros papéis desempenhados por supremas cortes e cortes constitucionais que são menos comuns e, também, menos elaborados pela teoria constitucional,

3. **Papel representativo.** O papel *representativo*, a ser exercido com parcimônia, se verifica quando as cortes constitucionais atendem demandas da sociedade que, embora previstas na Constituição, não foram satisfeitas pelo Legislativo a tempo e a hora. Geralmente, essa é uma atuação que se destina a sanar omissões dos outros Poderes ou para acompanhar a mudança dos tempos.

⇒ Esse tipo de atuação é mais comum em países que têm constituições mais analíticas, com muitas previsões de atuação do legislador ou do administrador. Mas não necessariamente.

4. **Exemplos de papel representativo nos EUA.** Cito, inicialmente, dois exemplos da jurisprudência dos Estados Unidos, que utilizo por serem mais conhecidos:

(i) *Griswold v. Connecticut*, julgado em 1965, quando a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de uma lei de 1879 que proibia o uso de meios contraceptivos. Tratava-se de uma vedação que, claramente, não mais correspondia ao sentimento majoritário da sociedade, em plena era da revolução sexual e da afirmação do movimento feminista;

(ii) *Lawrence v. Texas*, julgado em 2003, quando a Suprema Corte invalidou lei do Estado do Texas, que criminalizava relações íntimas entre homossexuais. Ao reverter a decisão de *Bowers v. Hardwick* (1986), a Corte colocou-se em sintonia com o sentimento majoritário da população de que não era legítimo tratar a homossexualidade como crime. No século XXI, a sociedade se tornara tolerante em relação à orientação sexual das pessoas.

⇒ Nesses dois exemplos, embora a terminologia tradicional se refira a tais decisões como contramajoritárias, mais certo seria dizer que eram contralegislativas, na medida em que eram representativas da posição majoritária na sociedade.

5. **Exemplos no Brasil.** No Brasil, por decisões do Supremo Tribunal Federal, se proibiu o nepotismo no âmbito dos três Poderes, isto é, a nomeação de parentes até o terceiro grau para cargos de livre nomeação, ou seja, aqueles que não dependiam de concurso público. Também se proibiu o financiamento eleitoral por empresas, que se revelara um enorme foco de corrupção do processo eleitoral.

⇒ Em ambos os casos, havia importante demanda social por tais mudanças. O Supremo Tribunal Federal atuou invocando o *princípio da moralidade*, inscrito na Constituição.

6. **Papel iluminista.** O papel *iluminista* é exercido muito raramente, em situações excepcionais em que necessário empurrar a história, mesmo contra as maiorias parlamentares e contra o sentimento majoritário na sociedade. Em nome da Constituição, da razão e do espírito

do tempo, se promove um avanço necessário, geralmente para a proteção de um direito fundamental.

7. **Exemplos do papel iluminista nos Estados Unidos.** Utilizo, inicialmente, uma vez mais, um exemplo americano, por ser mais conhecido internacionalmente.

(i) *Brown v. Board of Education (1954)*. Decisão que considerou inconstitucional a política de segregação racial nas escolas públicas. Tal posição não tinha maioria nem na sociedade nem no Congresso, mas ninguém discutirá que foi acertada.

(ii) *Roe v. Wade (1973)*. Esta foi a decisão que considerou inconstitucional a criminalização do aborto pelas legislações estaduais, nos períodos iniciais de gestação.

⇒ Esta decisão foi objeto de reações e críticas – backlash – ao longo das décadas em que vigorou, até ser superada pela decisão no caso *Dobbs*, julgado em 2022.

8. **Exemplo no Brasil.** O Brasil foi um dos países pioneiros no mundo em reconhecer legalmente as uniões de pessoas do mesmo sexo e, logo em seguida, o casamento. Isso em 2011. Decisão unânime da Suprema Corte. E, claramente, não havia, na ocasião, maioria favorável nem no Congresso nem na sociedade.

⇒ Era uma fase menos polarizada da história. Hoje, eu tenho entre os processos que preciso julgar, o tema do aborto. Eu sou totalmente a favor da descriminalização, mas a imensa maioria da sociedade é contrária e o próprio Supremo Tribunal Federal é dividido na matéria.

7. Exposta a noção conceitual de democracia constitucional, as discussões sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, a missão e os papéis das cortes constitucionais, faço agora uma brevíssima comparação entre os modelos brasileiro e francês de controle de constitucionalidade.

VII. BREVE COMPARAÇÃO ENTRE BRASIL E FRANÇA

VII.1. O MODELO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ADOTADO NO BRASIL

1. **Um modelo eclético de controle de constitucionalidade.** O Brasil adota um modelo eclético de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. É possível chegar ao tribunal por meio de um recurso – chamado de recurso extraordinário –, selecionado por um filtro, primo do *writ of certiorari* americano, denominado *repercussão geral*.

2. **Controle incidental e difuso.** Esse controle é denominado *incidental* – pressupõe um caso concreto em julgamento – e *difuso* – todos os juízes e tribunais podem exercê-lo, declarando a inconstitucionalidade de uma lei, com efeitos apenas para o caso

concreto levado a julgamento. A decisão somente se tornará vinculante para todos se vier a ser confirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

3. **Controle por ação direta.** Além da espécie de controle exposta acima, a Constituição prevê, também, o controle de constitucionalidade por via de ação direta, na qual se questiona a constitucionalidade em tese de uma lei ou da ausência ou deficiência de uma política pública exigida pela Constituição. Diz-se que esse controle é abstrato – porque examina a lei em tese e não em um caso concreto – e concentrado, porque é exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

VII.2. O PAPEL DIFERENCIADO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL

1. **Temas que são políticos em outros países e no Brasil são jurídicos e judicializados.** Por um conjunto de razões, o Supremo Tribunal Federal brasileiro desempenha um papel que, sob vários aspectos, é distinto do que é desempenhado por supremas cortes e tribunais constitucionais ao redor do mundo. Temas que em outros países são considerados políticos, entre nós são jurídicos e judicializados. Algumas razões para este fenômeno:

- a) A Constituição do Brasil é consideravelmente abrangente e detalhada;
- b) O acesso à jurisdição do STF é amplo e pode se por meio de diversos tipos de ações diretas;
- c) O rol de instituições e entidades privadas legitimadas para a propositura de ações diretas perante o STF é vasto;
- d) A competência do STF para matérias criminais é ampla e o sistema processual permite a chegada ao Tribunal de milhares de petições de *habeas corpus*;
- e) As sessões do STF são transmitidas ao vivo por televisão aberta e no YouTube.

⇒ Por causa desse arranjo institucional, o Supremo Tribunal Federal termina no centro das mais delicadas questões da vida nacional, com grande exposição pública. Como disse, não se trata de uma opção, mas da observância de um específico desenho institucional.

2. **Supremo Tribunal Federal julga as questões mais divisivas da sociedade brasileira.** Diante desse cenário, o Supremo Tribunal Federal julga as questões mais divisivas da sociedade brasileira. Na verdade, esse contexto institucional que une uma Constituição abrangente ao fácil acesso ao STF muitas vezes obscurece a linha entre o direito e a política.

3. **Exemplos de questões controvertidas.** Ele também submete o Tribunal a um escrutínio público significativo, com ampla cobertura da mídia, já que é levado a decidir sobre questões que vão desde a demarcação de terras indígenas e pesquisas com células-tronco

embrionárias até a legalidade da importação de pneus e ações ou omissões do governo em relação às mudanças climáticas. E, com frequência, algum interesse relevante e poderoso sairá frustrado.

4. **Outros exemplos.** Outros exemplos incluem a união entre pessoas do mesmo sexo, direitos LGBTQ+, cotas raciais em universidades, desmatamento da Amazônia, aborto, política de drogas, ataques à democracia, regulamentação das redes sociais, medidas sanitárias durante a Pandemia, terceirização e outras questões trabalhistas complexas, julgamentos criminais de políticos e aulas de religião em escolas públicas, entre muitos outros.

5. **Sempre desagradando algum segmento relevante da sociedade.** Em suma: o STF está sempre desagradando algum segmento relevante da sociedade brasileira, seja o contribuinte, o governo, as comunidades indígenas, os empresários do agronegócio ou os evangélicos.

VII.3. A QUESTÃO PRIORITÁRIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL FRANCÊS

1. **Só breves comentários para contextualizar.** Não é o caso, evidentemente, de eu dissertar sobre o controle de constitucionalidade no direito constitucional francês, tema que todos aqui dominam melhor do que eu, apesar de eu haver estudado um pouco a matéria.

2. **Pontuar diferenças.** Faço algumas observações básicas apenas para pontuar diferenças e semelhanças entre os dois sistemas.

3. **A criação da QPC.** A Questão Prioritária Constitucional (QPC), que introduziu o controle de constitucionalidade *a posteriori* na França, entrou em vigor em 1º de março de 2010. (Decorreu da Reforma Constitucional de 23 de julho de 2008 e foi regulamentado pela Lei Orgânica nº 2009-1523).

⇒ **Aproximou do padrão mundial.** A inovação aproximou o constitucionalismo francês dos modelos europeu e americano de controle de constitucionalidade, mantendo, todavia, características próprias do sistema francês. Mas claramente reforçou a supremacia da Constituição e a proteção dos direitos fundamentais.

4. **Qualquer das partes pode suscitar.** A QPC pode ser suscitada por qualquer das partes de um litígio. Isso pode ocorrer, seja o processo judicial ou administrativo, perante o juiz onde tramita a causa, caso a parte considere que que uma lei em vigor viola direitos ou liberdades garantidos pela Constituição.

⇒ **Papel do juiz da causa.** Cabe, em primeiro lugar, ao juiz da causa verificar se estão presentes os requisitos de admissibilidade da QPC: aplicabilidade da lei ao

caso, inexistência de decisão que já tenha declarado a lei constitucional e a seriedade da alegação.

5. **Encaminhamento à Corte de Cassação ou ao Conselho de Estado.** Se considerar que estão presentes tais condições, a questão é encaminhada à Corte de Cassação ou ao Conselho de Estado, conforme se trate de caso judicial ou administrativo. Essas duas cortes fazem uma nova filtragem e, entendendo favoravelmente, enviam a questão para o Conselho Constitucional.

6. **Papel do Conselho Constitucional.** O Conselho Constitucional terá três meses para decidir se a lei é constitucional ou não. Se declará-la inconstitucional, a lei fica revogada, podendo haver modulação de efeitos.

⇒ A QPC já levou à revogação de dispositivos legais sobre prisão preventiva, segredo de justiça e direito dos estrangeiros.

7. **Diferenças básicas.** Diferenças básicas: o sistema francês da QPC é de controle incidental – pressupõe o julgamento de um caso concreto – e concentrado: só o Conselho Constitucional declara a lei inconstitucional. Não prevê ação direta para controle de constitucionalidade da lei em tese, em abstrato, *a posteriori*.

⇒ **Controle no Brasil.** No Brasil, como visto, há o controle incidental, mas ele é difuso, ou seja, pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal, sempre cabendo recurso para o Supremo Tribunal Federal se a lei for declarada inconstitucional. E, simultaneamente, também se admite o controle concentrado perante a Suprema Corte, mas neste último caso mediante ação direta em que se discute a lei em tese, em abstrato.

VIII. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E ASCENSÃO DO POPULISMO AUTORITÁRIO

VI.1. O QUE É E COMO AGE O POPULISMO AUTORITÁRIO

1. **Onda populista.** O mundo está assistindo a uma onda populista autoritária, antipluralista e anti-institucional que oferece sérios riscos à democracia. Na maioria dos casos, ela é impulsionada por líderes personalistas e carismáticos que manipulam os medos, as necessidades e os desejos da população, muitas vezes prometendo soluções simples – e equivocadas – para problemas complexos.

2. **Dois características: redes sociais e supremas cortes.** Duas características do populismo autoritário são (i) o uso das mídias sociais e aplicativos de mensagem para comunicação direta com seus apoiadores; e (ii) embates com as supremas cortes ou cortes constitucionais.

3. **A desinformação como ferramenta.** No uso das redes sociais, o populismo autoritário emprega, como suas principais ferramentas, campanhas de desinformação, discursos de ódio, calúnias, mentiras e teorias da conspiração. E, embora eu não goste muito desse nome, esses comportamentos são frequentemente agrupados sob o rótulo de “fake news”.

⇒ **Impacto em eleições.** É amplamente documentado como as redes sociais e a desinformação desempenharam papéis decisivos em acontecimentos políticos que ocorreram em diferentes países, incluindo os EUA, o Reino Unido, a Índia e o Brasil.

VIII.2. AS TENSÕES ENTRE O POPULISMO AUTORITÁRIO E AS CORTES CONSTITUCIONAIS

1. **Os governos populistas autoritários frequentemente são hostis aos valores constitucionais.** Os tribunais atuam como uma barreira contra o abuso de poder por parte das maiorias. Os governos populistas, no entanto, costumam ser hostis aos valores constitucionais, pois defendem o poder ilimitado das maiorias políticas, atacam os mecanismos de freios e contrapesos, desprezam as minorias (políticas, raciais, religiosas, sexuais) e até mesmo subordinam os direitos fundamentais à vontade majoritária.

⇒ A estratégia populista é afirmar que os tribunais representam as elites, com interesses opostos aos da maioria.

2. **Tensão exacerbada entre os governos populistas e os tribunais.** Não é de surpreender que, com frequência, haja uma tensão exacerbada entre os governos populistas e as supremas cortes, cuja função é justamente limitar o poder político e mantê-lo dentro dos limites da Constituição. Não é por acaso que elas são alvos frequentes do populismo autoritário.

3. **Os líderes populistas autoritários tentam enfraquecer e capturar os tribunais.** Como consequência, os líderes autoritários procuram capturar ou enfraquecer as supremas cortes, atacando-as verbalmente e, também, por meio de algumas ações concretas replicadas em todo o mundo, que incluem:

(i) **Aumentar os juízes dos tribunais (*court-packing*).** “Empacotar” os tribunais com juízes submissos, forçando a abertura de posições com mudanças nas regras de aposentadoria ou com o aumento do número de cadeiras;

(ii) **Supressão de poderes.** Aprovação de emendas constitucionais e legislação infraconstitucional que retirem poderes jurisdicionais e administrativos dos tribunais ou impeçam seu desempenho; e

(iii) **Ameaça de impeachment.** Pedidos de impeachment contra juízes da Suprema Corte que se opõem aos interesses do governo, tal qual ocorreu na Venezuela e no Brasil.

⇒ **Colocar os tribunais a serviço do governo.** As lideranças antidemocráticas usam essas estratégias para colocar os tribunais a serviço dos propósitos governamentais, beneficiando-se da legitimidade que o Judiciário pode trazer para suas condutas. Em alguns países, essas estratégias funcionaram, transformando os tribunais em instituições auxiliares do poder político autoritário. A Hungria e a Venezuela são bons exemplos dessa possibilidade.

VIII.3. ALGUMAS CONSEQUÊNCIAS DO POPULISMO AUTORITÁRIO

1. **Perda de civilidade.** Faz parte do manual do populismo autoritário desqualificar moralmente os opositores políticos, com linguagem agressiva e pouca compostura.

2. **Articulação global do extremismo e captura do campo conservador.** O pensamento conservador clássico se caracteriza pela preservação do *status quo* e pela crença de que mudanças, quando inevitáveis, devem ser graduais e paulatinas. No entanto, em muitas partes do mundo, os conservadores passaram a ser subjugados pelo extremismo – que tem um componente claro de ruptura com o *status quo* – apresentando-se como oposição ao *establishment*.

⇒ Por essa visão, como as instituições foram supostamente dominadas pelos progressistas, elas devem ser vistas com desconfiança, quando não destruídas.

3. **Manipulação política da religiosidade das pessoas.** Em muitos países, o populismo autoritário se apropria de líderes religiosos para promover seus objetivos. A retórica inclui afirmações como “meu oponente não defende os valores cristãos e a família” ou “eles são agentes do demônio”.

4. **Perda da importância da verdade.** Isso se dá com o uso das redes sociais para disseminar desinformação, discursos de ódio e teorias da conspiração. O uso de mentiras e tentativas de assassinato de reputações integram as táticas comuns do populismo autoritário. Essa estratégia de guerrilha amoral esconde-se atrás de um mal dissimulado biombo de liberdade de expressão.

5. **Desprezo pelas instituições de conhecimento e de informação.** Essa animosidade é evidente nos ataques à imprensa, às universidades, aos *think tanks* e aos intelectuais em geral.

IX. O QUE ACONTECEU NO BRASIL

1. Após 14 anos de governo do Partido dos Trabalhadores e de um *impeachment* controvertido, as eleições de 2018 foram vencidas por um presidente que se apresentou como um *outsider* ultraconservador, apesar de ter cumprido múltiplos mandatos no Congresso Nacional.

2. O presidente, durante seu mandato, adotou posições negacionistas em relação à pandemia e às questões ambientais, bem como promoveu práticas que foram entendidas por vários especialistas como ameaças ao Estado de Direito.

3. De acordo com muitos destes analistas, uma série de eventos demonstra os riscos democráticos que o país começou a enfrentar, incluindo:

(i) Politização das Forças Armadas, com a nomeação de militares da ativa para cargos governamentais e de milhares de militares aposentados para uma ampla variedade de cargos públicos;

(ii) Glorificação repetida do período da Ditadura Militar e homenagens para indivíduos identificados como torturadores durante aquele período;

(iii) Ataques diretos ao Supremo Tribunal Federal e insultos pessoais dirigidos aos Ministros;

(iv) Ataques diretos à imprensa e insultos pessoais dirigidos a jornalistas;

(v) Tentativas de desmoralizar o sistema eletrônico de votação, que é totalmente confiável, com acusações falsas de fraude e esforços constantes para a reintrodução das cédulas de papel, que historicamente foram uma fonte notória de fraudes eleitorais no Brasil;

(vi) Requerimento de impeachment de um Ministro do Supremo Tribunal Federal;

(vii) Recusa em reconhecer a vitória do candidato eleito após as eleições;

(viii) Apoio a acampamentos em frente a quartéis militares, cujos integrantes rejeitavam os resultados eleitorais e pediam um golpe de Estado para manter o presidente no poder;

(ix) Invasão às sedes dos três poderes no dia 8 de janeiro de 2023, dias após a posse do Presidente Lula;

(x) Descoberta de uma minuta de decreto que institucionalizaria um golpe de Estado, o que ocorreu durante uma busca e apreensão na casa do ex-Ministro da Justiça;

(x) Investigação em andamento sobre a preparação de um golpe de Estado imediatamente após a derrota nas eleições, incluindo planos para o assassinato do presidente eleito e de outras autoridades.

⇒ a) Apenas para deixar claro: eu estou relatando episódios e fatos sem expressar quaisquer opiniões. Neste cenário, a Suprema Corte teve a necessidade de ser proativa em muitos momentos, para proteger o meio-ambiente, enfrentar a pandemia e preservar a democracia.

b) Nesse contexto, a Suprema Corte precisou adotar um papel proativo em múltiplas ocasiões, para proteger o meio-ambiente, enfrentar a penademia e preservar a democracia.

c) Quanto a esse último ponto – preservar a democracia –, a Suprema Corte conduziu investigações diretamente e é perante ela que estão sendo processadas as autoridades que teriam participado da tentativa de golpe de Estado.

d) Conseguimos, ao lado da sociedade civil, da imprensa e de parte da classe política, evitar o pior. Mas o preço tem sido alto e inclui: (i) a animosidade dos apoiadores radicais do ex-presidente; (ii) ameaças à vida e à integridade física de todos nós; e (iii) até mesmo sanções internacionais.

X. CONCLUSÃO

1. Supremas cortes, tribunais constitucionais e conselhos constitucionais, como o francês, podem não ser indispensáveis para a democracia. E, de fato alguns países não adotam esse modelo, como o Reino Unido, a Holanda e a Nova Zelândia, por exemplo.

2. Mas em momentos decisivos, supremas cortes e tribunais constitucionais desempenham um papel que pode ser vital, em face de ameaças autoritárias. Cabe a elas, em tais situações, a proteção dos direitos fundamentais e do Estado de direito, E o Brasil foi um exemplo recente.

⇒ Com uma observação importante: embora tenham um papel imprescindível, supremas cortes não são capazes, sozinhas, de preservar as instituições. É indispensável o apoio da maioria da sociedade civil, da imprensa e, ao menos, de parte da classe política.

3. E, finalmente: embora, em situações eventuais possam e devam exercer um papel contramajoritário – e mesmo um papel representativo ou iluminista –, as supremas cortes e

tribunais constitucionais têm de ser capazes de interpretar a Constituição à luz do sentimento da sociedade e do espírito do tempo, como fatores importantes para sua legitimidade institucional.

1. Gostaria de concluir com uma passagem que citei em minha sabatina no Senado Federal e que a meu ver continua a ser o modo como a jurisdição constitucional deve ser exercida, especialmente em um país em que ela tem a importância que tem no Brasil.

2. A gente na vida está sempre se equilibrando. Está sempre sujeito a cair. A gente se inclina um pouco para um lado, um pouco para o outro, e vai se equilibrando. Às vezes, quando tudo está indo bem, a plateia pode pensar que a gente está voando. Mas o equilibrista tem que saber que ele está se equilibrando. Porque se ele achar que está voando, ele vai cair. E na vida real não tem rede.

3. A jurisdição constitucional deve ser exercida como eu acho que a vida deve ser vivida: com valores, com equilíbrio, sabedoria e humildade.