



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

George Brito Castro de Lima

**Constitucionalismo abusivo:** Surgimento do conceito, seu uso e pertinência para a  
discussão doutrinária

Florianópolis

2024

George Brito Castro de Lima

**Constitucionalismo abusivo:** Surgimento do conceito, seu uso e pertinência para a discussão doutrinária

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Cláudio Ladeira de Oliveira, Dr.

Florianópolis

2024

**Ficha catalográfica gerada por meio de sistema automatizado gerenciado pela BU/UFSC. Dados inseridos pelo próprio autor.**

Lima, George Brito Castro de  
Constitucionalismo abusivo : Surgimento do conceito, seu uso e pertinência para a discussão doutrinária / George Brito Castro de Lima ; orientador, Cláudio Ladeira de Oliveira, 2024.  
108 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2024.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Constitucionalismo Abusivo. 3. Empréstimos Constitucionais. 4. Revisão Judicial Abusiva. I. Oliveira, Cláudio Ladeira de. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

George Brito Castro de Lima

**Constitucionalismo abusivo:** Surgimento do conceito, seu uso e pertinência para a discussão doutrinária

O presente trabalho em nível de Mestrado foi avaliado e aprovado, em 01 de abril de 2024, pela banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Delamar José Volpato Dutra, Dr.  
Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Prof. Guilherme Soares, Dr.  
Procuradoria Geral do Estado do Paraná (PGE/PR)

Certificamos que esta é a versão original e final do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de Mestre em Direito.

---

Coordenação do Programa de Pós-Graduação

---

Prof. Cláudio Ladeira de Oliveira, Dr.  
Orientador

Florianópolis, 2024.

Em memória a Zoraide Machado de Brito, grande leitora e doutrinadora da família, avó amada que em vida sempre me incentivou a continuar estudando e nunca desistir dos meus objetivos, por mais desafiadores que eles sejam. Nada obstante, estendo essa dedicatória a minha Mãe, Nilza Leoncio de Brito e a todos os meus familiares que me ajudaram nessa jornada!

## **AGRADECIMENTOS**

A Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (FCHS/UNESP), por ser minha alma mater, abriu minha mente com as atividades de pesquisa, ensino e extensão até a conquista do bacharelado em Direito. Oportunizando a participação no XXVIII ENCONTRO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL: AS VULNERABILIDADES DA DEMOCRACIA BRASILEIRA, na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP), em setembro de 2019, quando me palpitou a inspiração inicial específica no estudo do constitucionalismo e da democracia.

Não obstante, à Universidade de Brasília (UnB) e à Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), instituições as quais tive a oportunidade de dar os primeiros passos no estudo em nível de mestrado como aluno especial e ouvinte, respectivamente, estudando direito constitucional e conquistando bagagem teórica para galgar aprovação na gloriosa Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e ingressar como mestrando em Direito no saudoso Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) do Centro de Ciências Jurídicas (CCJ), um dos mais antigos e prestigiados cursos do país.

Tamanha emoção e gratidão foram se desenvolvendo em um espírito harmonioso de inclusão, conhecimento, debate, questionamento e amadurecimento vivenciado no dia a dia do CCJ ao longo de dois anos de imersão presencial no Campus Reitor João David Ferreira Lima, no bairro Trindade, em Florianópolis. Em vista disso, agradeço à estimada equipe de professores, servidores, colegas e amigos(as) de turma que contribuíram para esta formação jurídica no PPGD/UFSC.

Por fim, e não menos importante, um agradecimento especial ao meu Orientador e Professor Cláudio Ladeira de Oliveira pela oportunidade que me foi dada, confiança e orientação nas disciplinas cursadas, no estágio de docência, bem como pelas firmes, justas e construtivas discussões críticas para o meu amadurecimento na materialização da dissertação e inspiração ao início profissional no magistério superior. Nesse caminho, estendo os agradecimentos aos Professores Delamar José Volpato Dutra e Guilherme Soares pelos excelentes apontamentos e direcionamentos proferidos como membros da banca de qualificação e de defesa.

*“For constitutionalism to become effective, it must rise from the desks of its authors and take form in the governing institutions of a society.”*

(ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile Democracies: Contested Power in the Era of Constitutional Courts**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 14.)

## RESUMO

Trata-se de pesquisa que objetiva explorar o uso e a pertinência do conceito chamado de constitucionalismo abusivo. Esse objetivo necessariamente inicia com o marco teórico da publicação na *U.C. Davis Law Review*, intitulada *Abusive Constitutionalism*, de David Landau em 2013 e avança na perspectiva do direito constitucional comparado para explorar a evolução conceitual no âmbito do livro *Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy* de David Landau e Rosalind Dixon publicado em 2021 pela *Oxford University Press*, focando na descrição das quatro formas de empréstimos constitucionais abusivos para então dar ênfase teórica da aplicação conceitual na atuação das cortes constitucionais, explicando a prática da revisão judicial abusiva. Nesse cenário, o desdobramento conceitual se faz pelo método exploratório com uso de fontes bibliográficas qualitativas, primárias e secundárias. Assevera-se que o conceito surgiu para deflagrar ações e omissões na mudança constitucional formal que fazem o uso da constituição e dos valores democráticos para minar o núcleo “mínimo” da democracia constitucional. Após algum tempo, o uso do conceito se expandiu na doutrina internacional e nacional para abarcar também a mudança constitucional informal e avançou no sentido de identificar como o constitucionalismo abusivo é utilizado por pretendentes autoritários na migração de ideias constitucionais. Desta feita, o uso e a pertinência conceitual são objeto de discussão na doutrina para se verificar até que ponto é possível dizer se uma conduta é abusiva ou não e quais os meios para se verificar qualitativamente esses acontecimentos que ocorrem no âmbito dos três poderes, tanto em democracias liberais, regimes híbridos e autoritários. Em derradeira, o presente estudo foca no poder judiciário, especialmente ações e omissões de cortes constitucionais, visto que se assentou a tese de que os tribunais podem ser capturados por líderes autoritários bem como agir autônoma e intencionalmente de forma abusiva, validando dolosamente determinado regime potencialmente autoritário em ações sucessivas incrementais ou episodicamente orquestradas. Dito isso, o desfecho da revisão judicial abusiva é observado com críticas conceituais no âmbito teórico e depois se direciona ao estudo de dois casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nos quais a doutrina nacional entende que houve constitucionalismo abusivo pelo uso da sincronicidade, seletividade e do individualismo na Corte.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo Abusivo; Empréstimos Constitucionais; Revisão Judicial Abusiva.

## ABSTRACT

This is research that aims to explore the use and relevance of the concept called abusive constitutionalism. This objective necessarily begins with the theoretical framework of publication at U.C. Davis Law Review, entitled Abusive Constitutionalism, by David Landau in 2013 and advances from the perspective of comparative constitutional law to explore conceptual evolution within the scope of the book Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy by David Landau and Rosalind Dixon published in 2021 by Oxford University Press. The focus is on description of the four forms of abusive constitutional borrowing to then give theoretical emphasis to the conceptual application in the actions of constitutional courts, explaining the practice of abusive judicial review. At this point, the conceptual unfolding is done through the exploratory method using qualitative, primary, and secondary bibliographic sources. Then the concept emerged to trigger actions and omissions in formal constitutional change that use the constitution and democratic values to undermine the “minimum” core of constitutional democracy. The use of the concept has expanded in international and national doctrine to encompass informal constitutional change and has moved towards identifying how abusive constitutionalism is used by authoritarians in the migration of constitutional ideas. From this perspective, the use and conceptual relevance are the subject of discussion in doctrine to verify to what extent it is possible to say whether a conduct is abusive or not and what are the means to qualitatively verify these events that occur within the scope of the three powers, both in liberal democracies, hybrid and authoritarian regimes. Lastly, this study focuses on the judiciary in actions and omissions of constitutional courts, since the thesis that courts can be captured by authoritarian leaders as well as act autonomously and intentionally in an abusive manner, maliciously validating the agenda of the regime in successive incremental or episodically orchestrated actions. That said, the outcome of the abusive judicial review is observed with conceptual criticism in the theoretical scope and is then directed to the study of two cases judged by the *Supremo Tribunal Federal* (STF) in which the national doctrine understands that there was abusive constitutionalism through the use of synchronicity, selectivity, and individualism in the Court.

**Keywords:** Abusive Constitutionalism; Abusive Constitutional Borrowing; Abusive Judicial Review.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2 CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO.....</b>	<b>14</b>
2.1 CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO NA DOCTRINA BRASILEIRA.....	23
2.2 DISTINÇÕES COM A EROÇÃO DEMOCRÁTICA.....	28
2.3 DISTINÇÕES COM O CONSTITUCIONALISMO AUTORITÁRIO.....	34
<b>3 EMPRÉSTIMOS CONSTITUCIONAIS ABUSIVOS.....</b>	<b>37</b>
3.1 ASPECTOS DO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO.....	41
<b>3.1.1 Métodos de pesquisa aplicados na migração de ideias.....</b>	<b>42</b>
<b>3.1.2 Dos métodos aos empréstimos constitucionais.....</b>	<b>47</b>
3.2 AS FORMAS DOS EMPRÉSTIMOS CONSTITUCIONAIS ABUSIVOS.....	48
<b>3.2.1 Empréstimos Simulados.....</b>	<b>48</b>
<b>3.2.2 Empréstimos Seletivos Abusivos.....</b>	<b>51</b>
<b>3.2.3 Empréstimos Abusivos Sem Contexto.....</b>	<b>52</b>
<b>3.2.4 Empréstimos Abusivos Anti-Propósito.....</b>	<b>53</b>
3.3 REFLEXÕES E CRÍTICAS À TEORIA DOS EMPRÉSTIMOS ABUSIVOS.....	55
<b>4 CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO NO PODER JUDICIÁRIO.....</b>	<b>63</b>
4.1 EMPRÉSTIMOS CONSTITUCIONAIS NO PODER JUDICIÁRIO.....	69
4.2 REVISÃO JUDICIAL ABUSIVA.....	70
<b>4.2.1 Revisão Judicial Abusiva Fraca.....</b>	<b>72</b>
<b>4.2.2 Revisão Judicial Abusiva Forte.....</b>	<b>74</b>
4.3 CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO E O JUDICIÁRIO BRASILEIRO.....	75
<b>4.3.1 Sincronicidade.....</b>	<b>83</b>
<b>4.3.2 Uso seletivo ou deslocamento da substituição.....</b>	<b>86</b>
<b>4.3.3 Individualismo.....</b>	<b>88</b>
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>93</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>101</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Estudar o fenômeno do constitucionalismo no âmbito da teoria constitucional é uma atividade vastamente explorada por profissionais das ciências jurídicas, pois a produção doutrinária é robusta. Segundo Karl Loewenstein (1986)<sup>1</sup>, já nos contextos da antiguidade clássica as características do constitucionalismo podiam ser percebidas na organização do povo Hebreu.

Diante disso, como o próprio título propõe, o objeto de estudo da presente dissertação será voltado a analisar os acontecimentos teóricos com exemplos empíricos dentro do recorte temporal de surgimento, difusão e expansão das abordagens referentes ao conceito do constitucionalismo abusivo para compreender se a expansão de sua aplicação é pertinente a resolução dos problemas constitucionais aos quais o conceito se subsume.

É relevante asseverar que o termo constitucionalismo abusivo vem se expandindo tanto como conceito quanto nas situações práticas que ele se caracteriza, sendo utilizado na subsunção de ações de legalismo autocrático, no poder constituinte originário, no derivado reformador pelas emendas constitucionais inconstitucionais, na exacerbação do poder executivo em seus poderes e no poder judiciário, especialmente na mudança constitucional informal por interpretações seletivas oriundas da corte constitucional.

Nesse contexto, a literatura que expõe o conceito com base no marco teórico de David Landau (2013)<sup>2</sup> costuma replicar o que é o constitucionalismo abusivo e quando ele se manifesta é robusta. Assim, verifica-se que a mera descrição conceitual como muitos já o fazem não parece ser algo produtivo que contribua de forma significativa para a ciência do direito neste momento, portanto, a abordagem nesta dissertação vai além para discutir suas lacunas e novas nomenclaturas, como, por exemplo, os empréstimos constitucionais abusivos, ponto pouco explorado pela literatura e de relevância teórica para o direito constitucional comparado.

---

<sup>1</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de La Constitución*. Barcelona: Ariel, 1986, p. 154-157. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5572739/mod\\_resource/content/1/%5BLoewenstein%20-%20Teoria%CC%81a%20de%20la%20Constitucio%CC%81n.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5572739/mod_resource/content/1/%5BLoewenstein%20-%20Teoria%CC%81a%20de%20la%20Constitucio%CC%81n.pdf) Acesso em: 24 jan. 2024.

<sup>2</sup> LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *U.C. Davis Law Review*, v. 47, n. 189, 2013. Disponível em: [https://lawreview.law.ucdavis.edu/sites/g/files/dgvnsk15026/files/media/documents/47-1\\_Landau.pdf](https://lawreview.law.ucdavis.edu/sites/g/files/dgvnsk15026/files/media/documents/47-1_Landau.pdf) Acesso em: 10 dez. 2023.

Sob tal ótica, como sumariamente aventado, a gama de condutas perpetradas pelos agentes que compõem os poderes estatais vistas como fenômenos afetos ao constitucionalismo abusivo são expressivas, fruto tanto de estudos de ampla amostragem em âmbito geral como de estudos contextuais em determinados países.

Nessa perspectiva, faz-se fundamental entender que a proposta de subsunção do conceito de constitucionalismo abusivo não é hegemônica, pois existem críticas à sua pertinência para o fim que se propõe no âmbito da doutrina especializada e o debate continua em desenvolvimento sobre a originalidade, o uso e a relevância do conceito.

Diante disso, eventuais confusões ocorrem no sentido de algumas generalizações e simplificações que pretendem trazer como o constitucionalismo abusivo é a mesma coisa que a erosão democrática ou que o próprio constitucionalismo autoritário. Nesse elástico, para dar luz ao debate e ao estudo da adequação conceitual, verifica-se que é relevante uma pesquisa exploratória abordando as eventuais problemáticas<sup>3</sup> da banalização na aplicação do conceito nos escritos brasileiros.

Não obstante, após a exploração das perspectivas aplicadas conceitualmente, explorar-se-á, em um segundo momento, o conceito de empréstimos constitucionais abusivos e como se manifestam nos mecanismos de defesa democrática frente o direito comparado, como sugerem David Landau (2013)<sup>4</sup> e Rosalind Dixon (2021).<sup>5</sup>

Visto que, ao se falar em empréstimos constitucionais, se fala em migração de ideias constitucionais, atividade a qual, se pretende ser qualitativa, implica em se fazer

<sup>3</sup> “Então, o ponto de partida é sempre um problema e a observação torna-se algo como um ponto de partida somente se revelar um problema; ou em outras palavras, se nos surpreende, se nos mostra que algo não está, propriamente, em ordem com nosso conhecimento, com nossas expectativas, com nossas teorias. Uma observação cria um problema somente se ela se conflita com certas expectativas nossas, conscientes ou inconscientes. Mas, o que, neste caso, constitui o ponto de partida de nosso trabalho científico é não tanto a pura e simples observação, porém, mais adequadamente, uma observação que desempenha um papel particular, isto é, uma observação que cria um problema” POPPER, Karl Raimund. **Lógica das ciências sociais**. Tradução de Estevão de Rezende Martins. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 15.

<sup>4</sup> “My main purpose in this Article has been conceptual and descriptive. I have argued that the undermining of democracy through the use of the tools of constitutional change is likely to be increasingly common in the future, and that we have few adequate responses in comparative and international law.” LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **U.C. Davis Law Review**, v. 47, n. 189, 2013, p. 259. Disponível em: [https://lawreview.law.ucdavis.edu/sites/g/files/dgvnsk15026/files/media/documents/47-1\\_Landau.pdf](https://lawreview.law.ucdavis.edu/sites/g/files/dgvnsk15026/files/media/documents/47-1_Landau.pdf) Acesso em: 10 dez. 2023.

<sup>5</sup> DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy** (Oxford, 2021; online edn, Oxford Academic, 19 Aug. 2021). Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192893765.001.0001>, Acesso em: 27 mai. 2023.

uma abordagem a partir do uso de metodologias típicas do direito constitucional comparado. Considerando isso, o estudo dedica uma parte de seu teor a apresentar, de forma resumida, alguns métodos para, após, explorar as quatro principais formas de empréstimos constitucionais abusivos.

Superada a segunda fase exploratória conceitual, chega-se ao momento de estudar especificamente como se dá a manifestação do constitucionalismo abusivo e até mesmo dos empréstimos constitucionais abusivos na atuação jurisdicional do poder judiciário em uma ótica descritiva exploratória da tese de Landau e Dixon.

Em consequência, após assentar a visão da ideia geral do fenômeno no judiciário, partir-se-á para a verificação de situações as quais a Corte Constitucional do Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF), é alvo da doutrina do constitucionalismo abusivo. Nesse quesito, o foco é falar do STF no sentido de se verificar ou não atos que possam ser enquadrados no conceito objeto de estudo da presente dissertação.

O olhar lançado sobre a atuação do STF será limitado a dois casos, a Ação Cautelar nº 4070<sup>6</sup> e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402/DF<sup>7</sup> no sentido de entender pontuais comportamentos “abusivos” sob a visão de três parâmetros estabelecidos pela doutrina nacional, a sincronicidade, o uso seletivo e o individualismo.

Para tanto, tal fase será desenvolvida com base na doutrina nacional e terá discussões baseadas nos marcos teóricos estrangeiros para explicar a parte conceitual, uma vez que sua origem é norte-americana e a finalidade é uma análise qualitativa do conceito e desdobramentos científicos para identificar eventuais lacunas e questionar criticamente o uso e a pertinência do conceito aplicado pela doutrina brasileira.

Isso posto, sabendo que, há considerável acervo brasileiro sobre o tema, e objetivando evitar redundâncias desnecessárias com reiteradas fontes bibliográficas

---

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Cautelar n.º 4070**. Referendo. Relator: Ministro Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Julgado em 5/5/2016, DJe-225, publicado. 21/10/2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11899283> Acesso em 10 mar. 2024.

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402 / DF**. REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 07-12-2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-177 DIVULG 28-08-2018 PUBLIC 29-08-2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748070923> Acesso em: 10 mar. 2024.

secundárias falando a mesma coisa, o recorte bibliográfico nacional é voltado a artigos de revistas Qualis A, livros e teses de doutoramento destacadas, tudo para desenvolver um estudo objetivo, qualitativo e de fácil leitura.

Dito isso, tem-se que todo o conteúdo da dissertação é delineado<sup>8</sup> com pesquisa bibliográfica<sup>9</sup> de fontes primárias e secundárias com enfrentamento do tema em três capítulos.

O primeiro se dedica a uma abordagem exploratória<sup>10</sup> qualitativa conceitual e visa dirimir lacunas e generalizações, porquanto o segundo capítulo explora a ideia de empréstimos constitucionais abusivos a partir de uma perspectiva metodológica do direito constitucional comparado, e explorar quatro formas de empréstimos constitucionais abusivos com apontamentos críticos sobre o uso do conceito.

Não obstante, o terceiro e último capítulo, volta-se a atividade no poder judiciário frente aos conceitos discutidos nos capítulos anteriores para explorar dois casos nos quais a doutrina brasileira sugere que o STF incorre em sincronicidade, uso seletivo e individualismo à revelia do interesse público. Sugerindo e questionando se tais ações podem se subsumir às descrições conceituais exploradas nos primeiros capítulos.

Finalmente, a conclusão do estudo trará recortes pontuais positivos e críticos sobre o uso e a pertinência dos conceitos, apontando, em especial, os riscos metodológicos em generalizações excessivas com base nas críticas conceituais de Mark Tushnet (2021)<sup>11</sup> e Roberto Gargarella (2022).<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> “O delineamento refere-se ao planejamento da pesquisa em sua dimensão mais ampla, que envolve tanto a diagramação quanto a previsão de análise e interpretação de coleta de dados. Entre outros aspectos, o delineamento considera o ambiente em que são coletados os dados e as formas de controle das variáveis envolvidas.” GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa/Antônio Carlos Gil**. - 4. ed. - São Paulo :Atlas, 2002, p. 43.

<sup>9</sup> “A pesquisa bibliográfica é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos.” GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa/Antônio Carlos Gil**. - 4. ed. - São Paulo :Atlas, 2002, p. 44.

<sup>10</sup> “Estas pesquisas têm como objetivo proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a constituir hipóteses. Pode-se dizer que estas pesquisas têm como objetivo principal o aprimoramento de idéias ou a descoberta de intuições. Seu planejamento é, portanto, bastante flexível, de modo que possibilite a consideração dos mais variados aspectos relativos ao fato estudado.” GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa/Antônio Carlos Gil**. - 4. ed. - São Paulo :Atlas, 2002, p. 42.

<sup>11</sup> TUSHNET, Mark V. Review of Dixon and Landau’s Abusive Constitutional Borrowing. **Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law**, Volume 7, nº 1, 2021, pp. 23-48. Disponível em: <https://www.cjcl.ca/wp-content/uploads/2021/05/4-Tushnet.pdf> Acesso em 29 fev. 2024.

<sup>12</sup> GARGARELLA, Roberto. On "Abusive Constitutional Borrowing: Some conceptual problem (Part I)", **IberICONnect**, 20 de janeiro de 2022. Disponível em:

## 2 CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO

Inicialmente, o objetivo deste capítulo será destinado a analisar o conceito de constitucionalismo abusivo, partindo de sua origem no direito norte-americano, apresentando as vertentes conceituais pioneiras e suas linhas argumentativas que lastreiam o escopo teórico. Nessa seara, faz-se fundamental uma breve contextualização teórica sobre a origem do constitucionalismo, pontualmente sem discutir suas numerosas fases e espécies, para então adentrar ao mérito do entendimento doutrinário do que é o constitucionalismo abusivo.

O percurso conceitual vai se desdobrar eminentemente no aspecto teórico conceitual e suas principais formas, conforme assevera David Landau. Por conseguinte, o desenvolvimento segue para, brevemente, explicar conceitos como o da erosão democrática e do constitucionalismo autoritário, atendo-se as suas distinções com o constitucionalismo abusivo, uma vez que na pesquisa exploratória bibliográfica se constatou por vezes esses conceitos sendo utilizados como sinônimos.

Como descrever o constitucionalismo de forma geral e sem perder o propósito conceitual do estudo? Essa resposta é oferecida por Mark Tushnet e Bojan Bugaric (2021), quando levantam a seguinte pergunta, o que é constitucionalismo? E concluem que a resposta está condicionada a outra pergunta, que seria, por que você quer saber? Visto que dezenas de livros foram escritos oferecendo inúmeras descrições do constitucionalismo, descrições que variam a depender do propósito para o qual se está fornecendo a descrição, e esse é ponto que Tushnet e Bugaric constatam que é observado no nesta dissertação antes de seguir com a descrição do que é o constitucionalismo.<sup>13</sup>

Dito isso, para se compreender o que é o constitucionalismo abusivo é relevante um recorte pontual ao aspecto conceitual geral e marco temporal de existência.

Sob tal ótica, segundo Pietro de Jesus Lora (2021), o constitucionalismo ao longo da história costuma ser fundamentado em uma variedade de abordagens

---

<https://www.ibericonnect.blog/2022/01/sobre-abusive-constitutional-borrowing-algunos-problemas-conceptuales-parte-i/> Acesso em 29 fev. 2024.

<sup>13</sup> TUSHNET, Mark V., BUGARIĆ, Bojan. **Power to the people: Constitutionalism in the Age of Populism** / Mark Tushnet and Bojan Bugaric. New York : Oxford University Press, 2021, p. 15-17.

teóricas e práticas jurídicas baseadas na premissa de limitar os poderes do Estado e defender os direitos fundamentais do ser humano.<sup>14</sup>

Nesse mesmo sentido, Mark Tushet (2023) afirma que as abordagens sobre o fenômeno podem ser de natureza temporal (antigo, medieval, moderno, contemporâneo...), religiosa (judaico, islâmico...), geográfica (leste asiático, africano, latino-americano...) e conceitual (liberal, democrático, autoritário, abusivo...), em suma, cada adjetivo identifica um projeto intelectual particular e fornece base para alguns tipos de comparação.<sup>15</sup>

Isto posto, Karl Loewenstein (1986), em abordagem conceitual, entende que o constitucionalismo é um conceito genérico, e ainda mais amplo do que o conceito de autocracia. Como sistema político, o constitucionalismo abrange vários tipos de governo.<sup>16</sup>

Ademais, Loewenstein (1986), sob ponto de vista temporal, assevera que a distinção entre constituição formal e material que levou à codificação das normas fundamentais da sociedade estatal adquiriu a sua forma definitiva no ambiente racionalista do Iluminismo. No entanto, o autor afirma que a existência de uma constituição escrita não é condição de existência do constitucionalismo, pois organizações políticas anteriores viveram sob um governo constitucional sem sentirem a necessidade de articular os limites estabelecidos ao exercício do poder político, visto que essas limitações estavam tão profundamente enraizadas nas convicções da comunidade e nos costumes nacionais que eram respeitadas pelos governantes e pelos governados, por exemplo, o povo Hebreu em sua organização sob o ponto de vista de uma constituição material.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Constitucionalismo**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/98/edicao-2/constitucionalismo> Acesso em: 20 fev. 2024.

<sup>15</sup> TUSHNET, Mark V., Varieties of Constitutionalism (June 25, 2023). **Harvard Public Law Working Paper** No. 23-31. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4490965> Acesso em: 12 jun. 2024.

<sup>16</sup> LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de La Constitución**. Barcelona: Ariel, 1986, p. 89. (tradução nossa). Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5572739/mod\\_resource/content/1/%5BLoewenstein%20-%20Teoria%CC%81a%20de%20la%20Constitucion%CC%81n.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5572739/mod_resource/content/1/%5BLoewenstein%20-%20Teoria%CC%81a%20de%20la%20Constitucion%CC%81n.pdf) Acesso em: 24 jan. 2024.

<sup>17</sup> LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de La Constitución**. Barcelona: Ariel, 1986, p. 154. (tradução nossa). Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5572739/mod\\_resource/content/1/%5BLoewenstein%20-%20Teoria%CC%81a%20de%20la%20Constitucion%CC%81n.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5572739/mod_resource/content/1/%5BLoewenstein%20-%20Teoria%CC%81a%20de%20la%20Constitucion%CC%81n.pdf) Acesso em: 24 jan. 2024.

Nesse olhar temporal, segue a mesma perspectiva a visão de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2010),<sup>18</sup> ao afirmar que o constitucionalismo não se reduz ao projeto de implantação, em toda parte, de constituições escritas, que a história mostra haver nascido no século XVIII. Na verdade, ele significa a busca da limitação do poder e suas raízes são chamadas de constitucionalismo antigo, visto na Grécia e na República de Roma.

Verifica-se também, que Vera Karam de Chueiri (2010) define o constitucionalismo como a concretização dos compromissos historicamente firmados e serve de condição para o exercício de direitos e para a ação política, pois se manifesta para além da mera repetição do passado, abre perspectivas para o futuro.<sup>19</sup>

A ideia de limitação do poder estatal em uma constituição material não escrita é relevante para a chegada das constituições formais, que, em linhas gerais, vão criar um sistema de valores para atribuir limites a vida em determinado Estado.

Assim, retomando o questionamento inicial de Tushnet e Bojan (2021), considerando que inúmeras fases e variações do constitucionalismo tenham surgido após o antigo, verifica-se, que para o propósito deste estudo, a discussão e explicação das abordagens temporais, geográficas, religiosas e conceituais do constitucionalismo, afastaria a exequibilidade do objeto de pesquisa e, para o entendimento do conceito do constitucionalismo abusivo, as linhas gerais dos elementos mínimos do constitucionalismo, são suficientes.

Diante disso, seguir-se-á a orientação de Mark Tushnet e Bojan Bugaric (2021) no sentido de que o constitucionalismo pode ser visto como um sistema de valores. Segundo os autores, esse sistema de valores pode ser manifestado em princípios que provavelmente serão aceitos tanto pelos conservadores, progressistas e centristas, uma vez que são princípios gerais com alto grau de abstração. Portanto, entendem que o conteúdo “mínimo” do constitucionalismo é composto pelos seguintes elementos: princípio majoritário (*Majority Rule*), limites ao poder de reforma (*Entrenchment*), independência judicial (*Judicial independence*) e organização

---

<sup>18</sup> FERREIRA FILHO, Manoel G. **Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro / Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 3-24.

<sup>19</sup> CHUEIRI, V. K. de; GODOY, M. G. . **Constitucionalismo e democracia, soberania e poder constituinte**. Revista Direito GV, v. 6, p. 164, 2010. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24214/22987>. Acesso em: 13 jun. 2024.

político partidária (*Politicians and political parties*). Esses elementos fundamentais podem ser vistos, rudimentarmente, como:

*Majority Rule:* A política sobre uma ampla gama de questões é determinada pelas preferências de uma maioria popular hoje.

*Entrenchment:* Algumas políticas não podem ser alteradas por uma maioria simples de eleitores. Essas políticas envolvem tanto direitos quanto estruturas para tomada de decisão (incluindo estruturas para determinar qual política não entrincheirada a maioria contemporânea prefere).

*Judicial independence:* Juízes que resolvem disputas sobre as políticas aplicadas em casos individuais devem ser independentes da política direta (ou seja, não devem responder aos próprios políticos escolhidos pelo povo), mas devem ser diretamente responsáveis perante "a lei".

*Politicians and political parties:* Os titulares de cargos e candidatos a cargos políticos organizados em partidos buscam apoio popular para os programas que a política propõe. (TUSHNET; BUGARIC, 2021, p. 16-17)<sup>20</sup>

Esses elementos parecem simples, mas quando examinamos cada um em detalhes, complexidades reais surgem.

Essa definição sobre o conceito de constitucionalismo delimitada por Tushnet e Bugaric é a que se adota para o termo neste estudo.

Diante desses sumários apontamentos, parece coerente aceitar as premissas da antiguidade e entender que a evolução da sociedade e da própria teoria do direito transformaram o constitucionalismo como algo atemporal que objetiva limitar o poder estatal.

Considerando que o constitucionalismo limita o poder estatal, é sabido que quem detém o poder, muitas vezes, acaba por extrapolar seus limites, e por vezes, quando isso ocorre no âmbito da organização do estado com o uso do sistema constitucional instituído, problemas são constatados.

As problemáticas relacionadas ao abuso do poder entre os poderes estatais, David Landau (2013), cunhou o termo "constitucionalismo abusivo" em seu artigo publicado em 2013 intitulado "Constitucionalismo abusivo". Onde argumentou que o constitucionalismo abusivo ocorre quando as constituições democráticas são mal utilizadas como ferramentas de opressão, muitas vezes por meios sutis e incrementais, em vez de descartar abertamente a constituição por completo.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> TUSHNET, Mark V., BUGARIĆ, Bojan. **Power to the people: Constitutionalism in the Age of Populism / Mark Tushnet and Bojan Bugaric**. New York : Oxford University Press, 2021, p. 16-17. (tradução nossa). ISBN 9780197606735 (epub) | ISBN 9780197606728.

<sup>21</sup> LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **U. C. Davis Law Review**, v. 47, n. 189, 2013, p. 191. (tradução nossa). Disponível em:

Para o autor, isso é uma tendência contemporânea dos autoritários, fazer o uso de mecanismos de mudança constitucional para tornar um Estado significativamente menos democrático do que era antes.

Tal perspectiva se funda no fato que o número de golpes caiu drasticamente desde o seu auge na década de 1960. O fim da Guerra Fria reduziu a tolerância de Estados poderosos a regimes obviamente não democráticos e também mudou as normas culturais em nível internacional para o reconhecimento da importância da democracia. O envolvimento militar na política tornou-se particularmente desfavorecido, especialmente em regiões como a América Latina, com uma longa história desse fenômeno. Além disso, muitas regiões adotaram as chamadas “cláusulas democráticas”, punindo os Estados que derrubam regimes democráticos em flagrante violação das normas constitucionais. Isso levou os pretendentes autocratas a adotarem métodos de mudança mais alinhados com os parâmetros constitucionais. Além disso, muitos dos golpes que ocorreram recentemente foram menos claramente antidemocráticos do que os golpes militares tradicionais. Pesquisas empíricas recentes mostraram que, embora os golpes da era da Guerra Fria tendessem a terminar em ditaduras militares de longa duração, seus equivalentes mais recentes tendem a levar a restaurações rápidas do domínio civil. (LANDAU, 2013, p. 195-196)<sup>22</sup>

Como se percebe, a tomada ao poder pela via dos golpes militares não está eficiente, a alternativa que as lideranças autoritárias veem a situação, é utilizar o próprio constitucionalismo para concentrar e manter o poder nas mãos de poucos.

Como consequência, David Landau (2013) observa situações com essas características e as intitula, numa perspectiva conceitual, como constitucionalismo abusivo, concentrando-se, inicialmente, nos métodos de mudanças constitucionais formais, e não nos informais.

Além disso, as manobras abusivas necessariamente tornam um regime constitucional "significativamente menos democrático". Ai se levanta a seguinte questão, o que seria “significativamente menos democrático?” Até porque a

---

[https://lawreview.law.ucdavis.edu/sites/g/files/dgvnsk15026/files/media/documents/47-1\\_Landau.pdf](https://lawreview.law.ucdavis.edu/sites/g/files/dgvnsk15026/files/media/documents/47-1_Landau.pdf)  
Acesso em: 10 dez. 2023.

<sup>22</sup> LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **U. C. Davis Law Review**, v. 47, n. 189, 2013, p. 195-196. (tradução nossa). Disponível em: [https://lawreview.law.ucdavis.edu/sites/g/files/dgvnsk15026/files/media/documents/47-1\\_Landau.pdf](https://lawreview.law.ucdavis.edu/sites/g/files/dgvnsk15026/files/media/documents/47-1_Landau.pdf)  
Acesso em: 10 dez. 2023.

percepção conceitual da democracia varia conforme o marco teórico utilizado e objetivos de pesquisa.

Landau e Dixon (2021) citam Richard Posner para dizer que a democracia implica um compromisso com a participação pública nos processos de governo, deliberação sobre assuntos de importância pública e proteção substantiva e processual para vários direitos individuais de liberdade e igualdade. Não obstante, apresentam outra noção de democracia, a qual implica um compromisso com eleições regulares, livres e justas, conduzidas com base no voto universal dos adultos e na competição entre dois ou mais partidos políticos.<sup>23</sup>

Outrossim, Landau (2013) interpreta o grau da democracia em um determinado país, concentra-se em duas dimensões distintas: (1) a esfera eleitoral e a medida em que as figuras do incumbente e da oposição competem em igualdade de condições e (2) a medida em que os direitos dos indivíduos e grupos minoritários são protegidos. Conceitualmente, reconhece que essas duas dimensões são independentes e podem divergir.<sup>24</sup>

Assim, segundo David Landau (2013), as ações que tornam um sistema significativamente menos democrático, violam o “núcleo mínimo” da democracia constitucional, atingindo eleições regulares, livres e justas, a competição política, o exercício de direitos básicos e a independência de instituições de controle.

Esse “núcleo mínimo” é a definição adotada por David Landau (2013) na análise da relação entre constitucionalismo e democracia, diante do constitucionalismo abusivo.

Isso posto, assevera-se que o desdobramento teórico conceitual da publicação de 2013 de Landau, passa por exemplos de casos de constitucionalismo abusivo pela via da mudança constitucional formal, com ênfase nas emendas constitucionais, expondo, por exemplo, o caso do Presidente Álvaro Uribe Vélez na Colômbia, situação a qual, o Presidente promoveu uma emenda à Constituição que lhe permitiu um segundo mandato no cargo, emenda que fora contestada e ao chegar na

---

<sup>23</sup> DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy**. Oxford Academic, 19 Aug. 2021, p. 34-38. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192893765.001.0001>, Acesso em: 27 mai. 2023.

<sup>24</sup> LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **U. C. Davis Law Review**, v. 47, n. 189, 2013, p. 195-196. (tradução nossa). Disponível em: [https://lawreview.law.ucdavis.edu/sites/g/files/dgvnsk15026/files/media/documents/47-1\\_Landau.pdf](https://lawreview.law.ucdavis.edu/sites/g/files/dgvnsk15026/files/media/documents/47-1_Landau.pdf) Acesso em: 10 dez. 2023.

Corte Constitucional o entendimento foi que dois mandatos presidenciais são razoavelmente normais internacionalmente. Não obstante, a Corte foi forçada a enfrentar essa situação quatro anos depois, após Uribe vencer o segundo mandato. Em suma, a Corte considerou que a segunda reeleição constituía uma “substituição da Constituição” porque criaria uma presidência tão forte que enfraqueceria as instituições democráticas. (LANDAU, 2020, p. 26)<sup>25</sup>

Outro exemplo explorado por Landau, é um caso de substituição constitucional, citando a Venezuela, quando o Presidente Hugo Chávez, após a eleição de 1998 teve seu apoio político questionado em vista de uma série de escândalos de corrupção, agiu com o intuito de neutralizar tal oposição, argumentou que a Constituição existente deveria e poderia ser substituída e disse que o “povo” detinha um poder constitucional inerente de substituir seu texto constitucional e propôs um referendo para determinar se as eleições para uma Assembleia Constituinte deveriam ser realizadas. A Suprema Corte concordou com a proposta, observando que o público detinha um “poder constituinte originário” que era “anterior e superior ao regime jurídico estabelecido” e, portanto, tinha o poder de substituir o texto constitucional existente. Dessa forma, Chávez escreveu as regras para a eleição para a Assembleia por conta própria e conseguiu criar um conjunto de regras eleitorais que lhe eram imensamente favoráveis: seu partido obteve 60% dos votos, mas ocupou 90% dos assentos na Assembleia. Uma vez convocada, a Assembleia concentrou-se em fechar as instituições ainda controladas pelo antigo sistema bipartidário: suspendeu o Congresso, criou um Conselho encarregado de expurgar o Judiciário, removeu funcionários de nível estatal e, por fim, fechou a própria Suprema Corte. (LANDAU, 2020, p. 27-28)<sup>26</sup>

Outro caso paradigmático apontado por David Landau, é o uso combinado de reforma com substituição, por exemplo, o ocorrido na Hungria, quando o Partido Fidesz venceu as eleições parlamentares de 2010 com 53% dos votos. Momento em que o Partido avançou no sentido de uma reforma constitucional radical. Promulgou uma série de emendas constitucionais que enfraqueceram as instituições que servem

---

<sup>25</sup> LANDAU, David. Constitucionalismo abusivo. (Traduzido por: Ulisses Levy Silvério dos Reis e Rafael Lamera Giesta Cabral). **REJUR - Revista Jurídica da UFERSA**, Mossoró, v. 4, n. 7, jan./jun. 2020, p. 17-71, ISSN 2526-9488, p. 26.

<sup>26</sup> LANDAU, David. Constitucionalismo abusivo. (Traduzido por: Ulisses Levy Silvério dos Reis e Rafael Lamera Giesta Cabral). **REJUR - Revista Jurídica da UFERSA**, Mossoró, v. 4, n. 7, jan./jun. 2020, p. 17-71, ISSN 2526-9488, p. 27-28.

para fiscalizar as maiorias parlamentares, particularmente a Corte Constitucional. O Parlamento reformou a Constituição para dar aos membros do Fidesz mais poder unilateral sobre o processo de nomeação, e depois que a Corte reduziu um imposto retroativo sobre os bônus recebidos pelos funcionários públicos que saíam dos seus cargos, o Parlamento respondeu aprovando uma emenda constitucional que retirava a maior parte da jurisdição da Corte sobre questões fiscais e orçamentárias. Diante disso, o Fidesz avançou com um plano de substituição constitucional, usando a sua maioria de dois terços no Parlamento, começou a escrever um texto inteiramente novo. O processo foi amplamente criticado por não ser inclusivo; o partido usou um dispositivo parlamentar para evitar a maior parte das deliberações sobre o projeto e quase nenhuma contribuição foi recebida das forças políticas da oposição. Resultado, a nova Constituição prejudica os controles horizontais dessa maioria, o que pode ajudá-la a perpetuar-se indefinidamente no poder. Houve também a ampliação do tamanho da Corte Constitucional, dando assim ao partido no governo assentos adicionais a preencher. (LANDAU, 2020, p. 31-32)<sup>27</sup>

Sob tal ótica, David Landau assevera que a ascensão do autoritarismo competitivo, de uma maneira ou de outra, foi instaurado nos exemplos da Colômbia, Venezuela e Hungria. Constatando que os regimes autoritários competitivos tendem a possuir constituições com características estruturais de aparência democrática, como a separação dos poderes, mas tomam medidas informais para neutralizar o valor dessas imposições. Os governantes podem nomear juízes amigos para os tribunais e neutralizá-los a partir de movimentos que representam interesses opostos, por exemplo, ameaçando-os. (LANDAU, 2020, p. 34)<sup>28</sup>

Em suma, a mudança constitucional precisa ser vista como parte central dos projetos autoritários modernos. Indivíduos ou grupos poderosos podem abusar da constituição para criar ordens constitucionais nas quais enfrentam poucas restrições em seu poder. Essa nova construção de regras formais funciona em conjunto com

---

<sup>27</sup> LANDAU, David. Constitucionalismo abusivo. (Traduzido por: Ulisses Levy Silvério dos Reis e Rafael Lamera Giesta Cabral). **REJUR - Revista Jurídica da UFERSA**, Mossoró, v. 4, n. 7, jan./jun. 2020, p. 17-71, ISSN 2526-9488. p. 31-32.

<sup>28</sup> LANDAU, David. Constitucionalismo abusivo. (Traduzido por: Ulisses Levy Silvério dos Reis e Rafael Lamera Giesta Cabral). **REJUR - Revista Jurídica da UFERSA**, Mossoró, v. 4, n. 7, jan./jun. 2020, p. 17-71, ISSN 2526-9488. p. 34.

normas informais, como suborno e assédio, dentro de regimes autoritários competitivos. (LANDAU, 2020, p. 36)<sup>29</sup>

A partir dessas afirmações veiculados por David Landau (2013), a doutrina constitucional reagiu frente suas reflexões.

A exemplo, Mark Tushnet (2016) usa a nomenclatura conceitual para descrever o constitucionalismo abusivo como a utilização de formas constitucionais liberais para atingir objetivos constitucionais não liberais ou iliberais. Posto que para Tushnet, o constitucionalismo abusivo pode ser visto como uma instância do chamado paradoxo da tolerância liberal, a sua exigência de que o regime tolere a defesa política que, se bem sucedida, abolirá a tolerância liberal.<sup>30</sup>

Por conseguinte, Yaniv Rosnai e Tamar Brandes (2019) afirmam que o constitucionalismo abusivo representa uma ameaça especial à democracia e aos direitos humanos. Posto que, nas democracias constitucionais, o direito constitucional estabelece a restrição central ao poder do governo e as salvaguardas finais contra violações dos direitos humanos. Portanto, o constitucionalismo abusivo corrói estas proteções ao visar tanto as instituições que restringem o poder, como os tribunais.<sup>31</sup>

A abordagem conceitual, nesse momento, já está vastamente em uso por pesquisadores do direito constitucional, já sendo aplicadas expansivamente as hipóteses de mudança constitucional informal.

A luz de tais acontecimentos, David Landau e Rosalind Dixon (2019, p. 1315) aprofundam a teoria para afirmar que a democracia constitucional está, de fato, ameaçada em todo o mundo, pois líderes de vários países lideram esforços para erodir as suas ordens democráticas liberais. Os autores chamam a atenção para o fato que uma das principais marcas dos recentes ataques à democracia é o seu tom legalista: em vez do uso de métodos extra-legais como os golpes militares, os novos autoritários dependem fortemente de mudanças constitucionais formais e informais,

---

<sup>29</sup> LANDAU, David. Constitucionalismo abusivo. (Traduzido por: Ulisses Levy Silvério dos Reis e Rafael Lamera Giesta Cabral). REJUR - **Revista Jurídica da UFERSA**, Mossoró, v. 4, n. 7, jan./jun. 2020, p. 17-71, ISSN 2526-9488. p. 36.

<sup>30</sup> TUSHNET, Mark. Varieties of Constitutionalism. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 14, no. 1, January 2016, p. 1-5. HeinOnline. (tradução nossa). Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/injcl14&id=6> Acesso em: 06 fev. 2024.

<sup>31</sup> ROZNAI, Yaniv; HOSTOVSKY BRANDES, Tamar. **Democratic Erosion, Populist Constitutionalism and the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine** (May 26, 2019). (tradução nossa). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3394412> Acesso em: 30 mai. 2023.

bem como de mecanismos jurídicos ordinários, para refazer a ordem constitucional para manipular o jogo eleitoral a seu favor.<sup>32</sup>

Observe-se, que Landau e Dixon (2021, p. 33) avançam para dizer que mudança constitucional, a mudança infraconstitucional, a mudança informal e a formal – são apenas as tipologias das diferentes formas pelas quais a mudança constitucional ocorre em países ao redor do mundo. Diante disso, é possível entender sem surpresa que todos esses mecanismos sejam suscetíveis a abusos.<sup>33</sup>

Ressaltam que um foco meramente em ferramentas formais de mudança constitucional é incompleto, pois uma compreensão adequada do constitucionalismo abusivo deve ampliar o conceito em dois sentidos distintos, mas relacionados. Primeiro, pode ser realizado por meio de mudanças infraconstitucionais, como a aprovação de leis importantes. Em segundo lugar, também pode incluir tipos informais de mudança constitucional, incluindo reinterpretações judiciais de disposições constitucionais existentes. (LANDAU; DIXON, 2021, p. 34)<sup>34</sup>

## 2.1 CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO NA DOUTRINA BRASILEIRA

Com efeito, percebe-se que a ideia do constitucionalismo abusivo proposta por David Landau representa um olhar sobre a própria natureza do uso indevido dos mecanismos de proteção do constitucionalismo, dando luz aos limites materiais e formais do fenômeno da reforma constitucional.

Landau no pioneiro artigo sobre o conceito, publicado pela *U.C. Davis Law Review* em 2013 teve objetivo conceitual e descritivo. Assim, verificou que o enfraquecimento da democracia através do uso das ferramentas de mudança

---

<sup>32</sup> LANDAU, David; DIXON, Rosalind. *Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy* (April 1, 2019). 53 *UC Davis Law Review* 1313 (2020), FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 907, p. 1315. (tradução nossa). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3366602> Acesso em: 28 fev. 2024.

<sup>33</sup> DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy** (Oxford, 2021; online edn, Oxford Academic, 19 Aug. 2021), p. 31. (tradução nossa). Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192893765.001.0001>, Acesso em: 27 mai. 2023.

<sup>34</sup> DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy** (Oxford, 2021; online edn, Oxford Academic, 19 Aug. 2021), p. 32. (tradução nossa). Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192893765.001.0001>, Acesso em: 27 mai. 2023

constitucional provavelmente seria cada vez mais comum no futuro e que existem poucas respostas adequadas para isso no direito comparado e internacional.

Dito isso, devido à repercussão do conceito no radar dos pesquisadores, o resultado foi uma produção científica caminhando no sentido de expandir a base inicial de incidência conceitual do constitucionalismo abusivo, que era inicialmente um projeto com exemplos aplicados às mudanças constitucionais formais.

Seguindo Landau (2013), vários acolheram e expandiram sua tese. Como se vê, segundo Flávio Martins (2019, p. 35), o constitucionalismo abusivo se manifesta quando os detentores do poder, ao obter uma maioria mais expressiva, geralmente de forma democrática, podem propor uma alteração constitucional para garantir uma estabilidade maior. O objetivo é neutralizar instituições (como Tribunais, por exemplo) que teriam o dever de verificar o exercício do poder, dificultar a ação da oposição e fazer alterações constitucionais diversas, mas com o mesmo e espúrio objetivo. Apesar de parecerem democráticas à distância, as constituições resultantes apresentam muitos elementos similares aos encontrados nas constituições democráticas e liberais, mas, de perto, foram extremamente retrabalhadas para minar a ordem democrática.<sup>35</sup>

A luz da doutrina internacional já citada, verifica-se uma aceitação que caminha para a inclusão dos métodos de mudança constitucional informal. (LANDAU; DIXON, 2019)<sup>36</sup>

Passados mais de 10 anos após a publicação embrionária na *U.C. Davis Law Review*, o uso do conceito em situações de mudança constitucional formal e informal é utilizado em grande escala pela doutrina constitucionalista no Brasil.

Para tanto, a instabilidade política brasileira intensificada nos últimos anos tem levado constitucionalistas nacionais a buscar explicações na produção acadêmica norte-americana. Autores oferecem conceitos como "crises", "apodrecimento", "constitucionalismo abusivo" e "jogo duro constitucional" para descrever o que muitos veem como um declínio na relação entre constitucionalismo e democracia. Essas

---

<sup>35</sup> MARTINS, F. Constitucionalismo abusivo: realidade, perspectivas e propostas para uma possível limitação. *Católica Law Review*, v. 3, n. 1, p. 29-41, 1 jan. 2019, p. 35.

<sup>36</sup> [O próprio autor do conceito já previu em 2013 a sua expansão para o futuro, e a realidade não foi diferente, sendo que em 2019, quando muito validada e expandida sua tese mundo a fora, Landau e Dixon confirmam essa expansão para o judiciário com a publicação]: LANDAU, David; DIXON, Rosalind. *Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy* (April 1, 2019). 53 *UC Davis Law Review* 1313 (2020), FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 907. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3366602> Acesso em: 28 fev. 2024.

terminologias estrangeiras encontraram receptividade na doutrina brasileira, especialmente em obras que se debruçam sobre o recente "turbilhão político". Nesse contexto, tais trabalhos se tornaram referências importantes para a compreensão da saúde constitucional do país.(MAGALHÃES; FERREIRA, 2022, p. 2160)<sup>37</sup>

Percebe-se que Lucas Oliveira (2023, p. 88) infere que a grande denúncia elaborada por David Landau se situa no fato de que as alterações constitucionais (formais ou informais) precisam ser investigadas também como parte central dos projetos autoritários modernos. Indivíduos ou grupos poderosos podem abusar da constituição para criar ordens constitucionais nas quais enfrentam poucas restrições a seu poder e nas quais serão difíceis, ou impossíveis, de desalojar o seu arsenal institucional autoritário.<sup>38</sup>

No contexto brasileiro, um conjunto de autores direcionam o conceito de constitucionalismo abusivo para qualificar a atuação independente do Congresso Nacional (CN) e do Supremo Tribunal Federal (STF), ou seja, mesmo quando esses poderes não estão cooptados por uma agenda do chefe do Executivo no poder.(MAGALHÃES; FERREIRA, 2022, p. 2163)<sup>39</sup>

Cabe ressaltar, que o desenvolvimento conceitual feito pelos autores nacionais elastece a formulação original de Landau para abarcar ramos políticos alheios a sua caracterização inicial e instrumentos diversos das reformas constitucionais formais.(MAGALHÃES; FERREIRA, 2022, p. 2164)<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> MAGALHÃES, Breno Baía; FERREIRA, Dayanne Pinto. Com quantos golpes se faz uma crise constitucional no Brasil? Constitucionalismo abusivo, estresse constitucional e juridicidade constitucional. **Rev. Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, Vol. 13, N.04, 2022, p. 2160. DOI: 10.1590/2179-8966/2021/56229. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/q3wy4vcKK5dxpLLY6L3cLtb/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 10 fev. 2024.

<sup>38</sup> OLIVEIRA, Lucas Soares de. **O constitucionalismo abusivo na justiça constitucional brasileira: um diagnóstico sobre o abuso constitucional na prática do Supremo Tribunal Federal / Lucas Soares de Oliveira**. Orientador: Vidal Serrano Nunes Júnior. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós Graduated em Direito. – São Paulo: [s.n.], 2023, p. 88.

<sup>39</sup> MAGALHÃES, Breno Baía; FERREIRA, Dayanne Pinto. Com quantos golpes se faz uma crise constitucional no Brasil? Constitucionalismo abusivo, estresse constitucional e juridicidade constitucional. **Rev. Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, Vol. 13, N.04, 2022, p. 2163. DOI: 10.1590/2179-8966/2021/56229. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/q3wy4vcKK5dxpLLY6L3cLtb/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 10 fev. 2024.

<sup>40</sup> MAGALHÃES, Breno Baía; FERREIRA, Dayanne Pinto. Com quantos golpes se faz uma crise constitucional no Brasil? Constitucionalismo abusivo, estresse constitucional e juridicidade constitucional. **Rev. Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, Vol. 13, N.04, 2022, p. 2164. DOI: 10.1590/2179-8966/2021/56229. Disponível em:

Porém, seu uso e pertinência não escaparam das críticas, Estefânia Barboza e Ilton Filho (2019, p. 87) trazem contribuições ímpares ao afirmar que:

Apesar da relevância da ampliação do emprego da ferramenta de análise do constitucionalismo abusivo, não se mostra cientificamente interessante a utilização da categoria jurídica e constitucional para todas as deficiências na democracia constitucional que ocorreram com alguma participação dos instrumentos e das técnicas constitucionais. Reconhecer a diferença entre, de um lado, simples infração da Constituição ou de simples inconstitucionalidade e, de outra banda, ocasião em que essas inconstitucionalidades são prejudiciais à democracia constitucional de forma mais estrutural e perigosa para manutenção das próprias bases democráticas é a tarefa que deve ser enfrentada pela dogmática constitucional crítica.<sup>41</sup>

Na ideia de Estefânia Barboza e Ilton Filho (2019) se faz aventar uma visão preocupada com o uso generalizado do conceito no âmbito da atuação dos detentores do poder, uma vez que realmente nem sempre uma ação do poder executivo, legislativo e/ou judiciário que eventualmente seja reconhecida como contrária ao “núcleo mínimo” da democracia constitucional, é uma ação abusiva. Porque a ação abusiva depende do elemento volitivo do agente em realmente subverter a ordem constitucional a revelia dos valores democráticos.

Diante desse fato, verifica-se que a doutrina e produção nacional sobre o conceito de constitucionalismo abusivo majoritariamente aceita a tese veiculado por Landau em 2013,<sup>42</sup> muitos fazem uma expansão no conceito na análise do quadro geral brasileiro e reconhecem que o Brasil sofre sim com o fenômeno, porém entendem que não é de forma incremental, como sugere Estefânia e Ilton:

[...] defendendo as seguintes teses: a) existem duas formas principais dessa nociva modalidade constitucional: constitucionalismo abusivo estrutural e constitucionalismo abusivo episódico e, b) apesar da existência de hiperpresidencialismo, os mecanismos de accountability horizontal como do Poder Judiciário sobre o Executivo e Legislativo não permitem a classificação do Brasil no constitucionalismo abusivo estrutural, mas existem fenômenos

---

<https://www.scielo.br/j/rdp/a/q3wy4vcKK5dpxLLY6L3cLtb/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 10 fev. 2024.

<sup>41</sup> BARBOZA, E. M. Q.; FILHO, I. N. R. Constitucionalismo Abusivo: Fundamentos Teóricos e Análise da sua Utilização no Brasil Contemporâneo. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, [S. l.], v. 12, n. 39, p. 79–97, 2019, p. 87. DOI: 10.30899/dfj.v12i39.641. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/641>. Acesso em: 10 fev. 2024.

<sup>42</sup> “*abusive constitutionalism*” as the use of mechanisms of constitutional change in order to make a state significantly less democratic than it was before.” LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **U. C. Davis Law Review**, v. 47, n. 189, p. 195, 2013.

de constitucionalismo abusivo episódico e preocupantes.(BARBOSA; FILHO, 2019, p. 80)<sup>43</sup>

Essa visão de constitucionalismo abusivo episódico é melhor descrita quando Estefânia Barboza e Ilton Filho afirmam que:

No Brasil, não há um constitucionalismo abusivo estrutural, no entanto existe utilização de alguns mecanismos previstos na Constituição Federal de 1988 contra aspectos do Estado Democrático de Direito. Assim se observa um constitucionalismo abusivo episódico, mas preocupante especialmente em razão da ocorrência de dois impeachments em 30 anos.(BARBOSA; FILHO, 2019, p. 94)<sup>44</sup>

Com efeito, Vera Karam de Chueiri (2023, p. 243), orientada pela avaliação de Mark Graber, propõe que os problemas amplos (a erosão de democracias) e específico (o constitucionalismo abusivo) exigem estratégias de natureza estritamente política em vez de jurídica.<sup>45</sup>

O diagnóstico de Landau não é otimista. O autor entende (2013, pp. 259-260) que as estratégias desenvolvidas no âmbito da teoria constitucional contemporânea, do direito constitucional comparado e do direito internacional não estão preparadas para evitar o fortalecimento de regimes autoritários competitivos que praticam constitucionalismo abusivo. Esse despreparo se deve ao fato de que governantes autoritários adotam estratégias heterogêneas, fungíveis entre si, que vão desde o uso abusivo de emendas ao abuso via substituição constitucional.<sup>46</sup>

A partir desse raciocínio, que traz um apanhado teórico sobre o uso e a pertinência do conceito aplicado empiricamente ao Brasil, verifica-se que a expansão

---

<sup>43</sup> BARBOZA, E. M. Q.; FILHO, I. N. R. Constitucionalismo Abusivo: Fundamentos Teóricos e Análise da sua Utilização no Brasil Contemporâneo. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, [S. l.], v. 12, n. 39, p. 79–97, 2019, p. 80. DOI: 10.30899/dfj.v12i39.641. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/641>. Acesso em: 10 fev. 2024.

<sup>44</sup> BARBOZA, E. M. Q.; FILHO, I. N. R. Constitucionalismo Abusivo: Fundamentos Teóricos e Análise da sua Utilização no Brasil Contemporâneo. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, [S. l.], v. 12, n. 39, p. 79–97, 2019, p. 94. DOI: 10.30899/dfj.v12i39.641. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/641>. Acesso em: 10 fev. 2024.

<sup>45</sup> DE LARA, G. D.; DE CHUEIRI, V. K. RAMO RECONSTRUTIVO, MINICONSTITUIÇÕES E BYPASSES INSTITUCIONAIS:: ESTRATÉGIAS CONTRA O CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO. REI - **REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, [S. l.], v. 9, n. 1, p. 241–263, 2023, p. 243. DOI: 10.21783/rei.v9i1.717. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/717>. Acesso em: 10 fev. 2024.

<sup>46</sup> DE LARA, G. D.; DE CHUEIRI, V. K. RAMO RECONSTRUTIVO, MINICONSTITUIÇÕES E BYPASSES INSTITUCIONAIS:: ESTRATÉGIAS CONTRA O CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO. REI - **REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, [S. l.], v. 9, n. 1, p. 241–263, 2023, p. 247. DOI: 10.21783/rei.v9i1.717. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/717>. Acesso em: 10 fev. 2024.

conceitual foi uma consequência da vasta aceitação pela doutrina do conceito para descrever situações que minam o “núcleo mínimo” da democracia constitucional.

Ressalta-se, entretanto, que os receios com as generalizações são de preocupação da doutrina qualificada e isso reflete justamente uma das preocupações que motivaram o desenvolvimento desta dissertação, visto que, raramente se verifica o cuidado em definir o núcleo mínimo violado, na suposta ação abusiva.

Situação a qual pode acarretar distorções em cascata, o que deve ser evitado, pois se trata de tema em desenvolvimento e sua delimitação adequada é imperiosa para evitar propagação desvirtuada do propósito de Landau ao cunhar o conceito.

Destarte, neste item introdutório apenas se aventou muito por auto que o poder judiciário pode ter um papel relevante para conter constitucionalismo abusivo, bem como pode praticá-lo.

## 2.2 DISTINÇÕES COM A EROSÃO DEMOCRÁTICA

Considerando que os fenômenos da erosão democrática e do constitucionalismo abusivo podem ser confundidos, esse tópico visa trazer um breve relato sobre a erosão democrática para ao final dele se afiliar a uma conclusão de que os conceitos não são sinônimos. Tal abordagem é relevante para que a análise dos casos de subsunção do constitucionalismo abusivo possam ser avaliados de forma adequada com a vertente conceitual originária.

Por início, para se compreender o que é a erosão democrática, precisa-se saber, em linhas gerais, o que é uma democracia. Embora já citado brevemente para se fazer uma análise lógica do que seria o “núcleo ” da democracia na visão de David Landau, nesse momento, o conceito terá maior esclarecimento.

Ainda assim, não é o objeto do estudo discutir ou explicar os variados conceitos de democracia, e sim, apresentar elementos gerais suficientes para verificação da erosão.

Para tanto, segundo Montesquieu (1996, p. 19-55), quando, na república, o povo em conjunto possui o poder soberano, trata-se de uma democracia. Quando o poder soberano está nas mãos de uma parte do povo, chama-se aristocracia. Assim, o povo, na democracia, é, sob certos aspectos, o monarca; sob outros, é súdito, o

amor à república, numa democracia é o amor à democracia, e o amor à democracia é o amor à igualdade.<sup>47</sup>

Faz-se relevante consignar que a premissa de como se constitui a palavra democracia é interessante ponto de partida para se entender seus valores e princípios. Assim, Murilo Gasparido afirma:

Preliminarmente, como se sabe, democracia é uma palavra resultante da composição de dois substantivos gregos: dêmos e krátos. Krátos refere-se, dentre outros significados, a força, superioridade, ou então designa “o poder político, ou seja, o poder de tomar decisões coletivas”. Já dêmos, de forma genérica, significa povo. Assim, pode-se dizer que democracia é o regime político em que o povo exerce o poder.(GASPARDO, p. 123)<sup>48</sup>

Ademais, na perspectiva de Murilo Gasparido, a democracia se define pela forma como o poder se estrutura. Visto que, na história da democracia a partir da experiência grega o sistema político podia ser compreendido como um círculo, onde os indivíduos estavam à mesma distância do centro do poder. Por outro lado, já na visão moderna de democracia, a eleição, e não a participação direta, ocupa o centro do processo decisório. Logo, a democracia é pautada em pelo menos outros três princípios para a caracterização desse regime político, sendo: 1) a publicidade do poder, pois a democracia é o “governo do poder visível e “sob o controle da opinião pública”; 2) institui a resolução dos conflitos de forma pacífica, pela via de procedimentos e 3) a tomada de decisões (inclusive a produção de normas jurídicas), conforme as regras, sendo a regra da maioria a mais importante, diante das dificuldades para a formação de consensos nas “condições de fragmentação, dissenso e complexidade do mundo contemporâneo”.<sup>49</sup>

Nesse sentido, Cláudio Ladeira de Oliveira (2015) afirma que quando se busca a definição de democracia, é necessário evitar inserir no conceito de democracia os conteúdos politicamente controvertidos cuja disputa é precisamente o objeto dos processos democráticos.

---

<sup>47</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O espírito das leis / Montesquieu : apresentação: Renato Janine Ribeiro, tradução Cristina Murachco.** São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 19-55.

<sup>48</sup> GASPARDO, Murilo. DEMOCRATIC TRADITIONS AND NEW MODELS OF DEMOCRACY. **Revista Acadêmica Faculdade de Direito do Recife**, ISSN: 1980-3087. Volume 87, número 1, jan/jun. 2015, p. 123.

<sup>49</sup> Para ter uma visão aprofundada das formas de democracia, veja: GASPARDO, Murilo. DEMOCRATIC TRADITIONS AND NEW MODELS OF DEMOCRACY. **Revista Acadêmica Faculdade de Direito do Recife**, ISSN: 1980-3087. Volume 87, número 1, jan/jun. 2015, p. 124.

Assim, com base na ideia de Robert Dahl, Ladeira entende que um processo político de governo pode ser chamado de democracia quando detém os seguintes atributos:

Participação efetiva. Antes de ser adotada uma política pela associação, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas para fazer os outros membros conhecerem suas opiniões sobre qual deveria ser esta política.

Igualdade de voto. Quando chegar o momento em que a decisão sobre a política for tomada, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas de voto e todos os votos devem ser contados como iguais.

Entendimento esclarecido. Dentro de limites razoáveis de tempo, cada membro deve ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas alternativas importantes e suas prováveis consequências.

Controle do programa de planejamento. Os membros devem ter a oportunidade exclusiva para decidir como e, se preferirem, quais as questões que devem ser colocadas no planejamento. Assim, o processo democrático exigido pelos três critérios anteriores jamais é encerrado. As políticas da associação estão sempre abertas para a mudança pelos membros, se assim estes escolherem.

Inclusão dos adultos. Todos ou, de qualquer maneira, a maioria dos adultos residentes permanentes deveria ter o pleno direito de cidadãos implícito no primeiro de nossos critérios. (LADEIRA, 2015, p. 185-186)<sup>50</sup>

Observa-se que os critérios de Dahl supracitados são relevantes para explicar como os regimes democráticos deveriam funcionar, só que na realidade podem ser alcançados em algum nível, não em sua totalidade. Assim, esse conteúdo fundamental do ideal teórico é relevante ao passo que conhecer os fundamentos que devem ser aplicados às instituições políticas pode ser benéfico na hora de tomar decisões sobre como lidar com problemas mais específicos,<sup>51</sup> como, por exemplo, a erosão democrática.

Ainda, segundo a visão de Samuel Issacharoff (2015, p. 14), o processo democrático é construído a partir de constituições e de cortes. Posto que a democracia bem sucedida requer inúmeras instituições, sendo que muitas delas devem ser pertencentes ao domínio não governamental da sociedade civil. Portanto, tais regimes não são simplesmente fundados nas separações formais do poder

---

<sup>50</sup> OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causas e consequências. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, [S. l.], v. 16, n. 1, p. 183–216, 2015, p. 185-186. DOI: 10.18759/rdgf.v16i1.642. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/642>. Acesso em: 27 fev. 2024.

<sup>51</sup> OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causas e consequências. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, [S. l.], v. 16, n. 1, p. 183–216, 2015, p. 187-188. DOI: 10.18759/rdgf.v16i1.642. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/642>. Acesso em: 27 fev. 2024.

governamental entre ramos coordenados, ou mesmo nas divisões ao longo de linhas federalistas entre a oposição e o governo.<sup>52</sup>

Isso posto, vislumbra-se sumariamente a ideia geral do que é democracia e processo democrático, segundo os marcos teóricos selecionados, o que não quer dizer que não há oposição a essas percepções, mas apenas apontar que seus critérios gerais são suficientes para compreender e refletir sobre o que é a erosão democrática na democracia constitucional.

Destarte, a erosão democrática é sorrateira, como Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (2018, p. 18) demonstram, já que, segundo os autores, ela começou nos anos 1980 e 1990 e se acelerou nos anos 2000. Nesse contexto, muitas ações do governo para minar a democracia são consideradas "legais", pois são aprovadas pelo Legislativo ou aceitas pelos tribunais. Essas ações podem ser justificadas como tentativas de aprimorar a democracia, tornar o sistema judicial mais eficiente, combater a corrupção ou promover a transparência nas eleições. A imprensa ainda está ativa, mas muitas vezes é pressionada ou coagida a praticar a autocensura. Os cidadãos continuam a expressar críticas ao governo, porém frequentemente se veem enfrentando problemas legais. Essa situação gera confusão e perplexidade entre as pessoas que muitas vezes não conseguem compreender totalmente o que está acontecendo.<sup>53</sup>

Ademais, segundo Martin Loughlin (2019, p. 435-437), tem-se que nos cálculos dos cientistas políticos, a democracia constitucional alcançou seu ponto alto global no período de 2006 a 2011 e, desde então, está em dramático declínio, o qual não tem sido marcado por democracias constitucionais sendo derrubadas pelo golpe de Estado ou outro tipo de colapso fundamental. Em vez disso, deve-se a um aumento no número do que alguns chamam de "*defective democracies*", isto é, regimes que mantêm as armadilhas institucionais formais enquanto desrespeitam as normas e

---

<sup>52</sup> "the world of democracy will similarly be constructed out of constitutions and courts. Democracy requires innumerable institutions, many from the nongovernmental domain of civil society. It is not simply the formal separations of governmental power among coordinate branches, or even the divisions along federalist lines between the counter and province." ISSACHAROFF, Samuel.. **Fragile Democracies: Contested Power in the Era of Constitutional Courts**. Cambridge: Cambridge University Press. 2015. p. 14. (tradução nossa).

<sup>53</sup> LEVITSKY, Steven, ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. 1 ed. São Paulo: Zahar, 2018, p. 18.

valores nos quais as democracias constitucionais se baseiam. A democracia constitucional não está sendo derrubada; está sendo degradada.<sup>54</sup>

Além disso, Murilo Gaspardo (2015, p. 122) aponta pontos de ruptura global na democracia do século XXI, com a crescente forma das instituições internacionais em abranger cada vez mais jurisdição sobre os Estados, há também em paralelo um efeito nacionalista dentro de cada Estado soberano, e o que em parte contribui para emergir movimentos nacionalistas, se olhando pela visão americana, nos Estados Unidos da América (EUA) foi como o ataque de 11 de setembro de 2001, em Nova York, posteriormente a crise de 2007 e 2008. No Brasil foram às manifestações de junho de 2013 e maio de 2015 somados aos índices de abstenção nas eleições<sup>55</sup>, evidências de crises e declínio na democracia americana. (GASPARDO, 2019)<sup>56</sup>

Se não fosse o bastante, Martin Loughlin (2019, p. 435-437) sistematiza o conhecimento de especialistas e identifica um padrão de degradação global, como os dramáticos fracassos dos movimentos da primavera árabe de 2011, o Egito voltando ao domínio militar, a Líbia, o Lêmen e a Síria entrando em conflito armado e a repressão política se aprofundando nos Estados do Golfo. Já em aspecto mais geral têm sido o surgimento das chamadas democracias iliberais na Hungria e na Polônia e o crescente sucesso eleitoral de partidos nacionalistas, como o *Front National* na França, o *Alternative für Deutschland* na Alemanha e o *Freiheitliche Partei Österreichs* na Áustria. Ainda, valores constitucionais corroídos pela crescente influência política do fundamentalismo religioso em países como Israel, Turquia e Índia e pela ascensão ao poder de figuras presidenciais autoritárias na Venezuela em 2013, Filipinas em 2016, Estados Unidos em 2016 e no Brasil em 2018.<sup>57</sup>

<sup>54</sup> [Martin Loughlin apresenta o relato de Zachary Elkins sobre a obra "*Is the Sky Falling? Constitutional Crisis in Historical Perspective*"] Vide: LOUGHLIN, Martin. The Contemporary Crisis of Constitutional Democracy. **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 39, No. 2, 2019, pp.435-437. Disponível em: <http://www.lse.ac.uk/law/Assets/Documents/martin-loughlin/Crisis-of-con-dem-OJLS.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2023.

<sup>55</sup> GASPARDO, Murilo. DEMOCRATIC TRADITIONS AND NEW MODELS OF DEMOCRACY. **Revista Acadêmica Faculdade de Direito do Recife**, ISSN: 1980-3087. Volume 87, número 1, jan/jun. 2015. p. 122.

<sup>56</sup> [Fala do Professor Murilo Gaspardo aos 45 min do vídeo no Painel 1 A democracia e o mundo digital.] Vide: FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP-USP. **Painel 1 - XXVIII Encontro Nacional de Direito Constitucional - 19/09/2019**. Ribeirão Preto, 2019. 1 vídeo (77 min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=p9awgFhGOSQ&t=2725s>. Acesso em: 5 set. 2023.

<sup>57</sup> LOUGHLIN, Martin. The Contemporary Crisis of Constitutional Democracy. **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 39, No. 2, 2019, pp.435-437. Disponível em: <http://www.lse.ac.uk/law/Assets/Documents/martin-loughlin/Crisis-of-con-dem-OJLS.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2023.

Nesse cenário, no mesmo sentido de Martin Loughlin, Steven Levitsky e Daniel Ziblatt apontam:

[...] não há um momento único – nenhum golpe, declaração de lei marcial ou suspensão da Constituição – em que o regime obviamente “ultrapassa o limite” para a ditadura, nada é capaz de disparar os dispositivos de alarme da sociedade. Aqueles que denunciam os abusos do governo podem ser descartados como exagerados ou falsos alarmistas. A erosão da democracia é, para muitos, quase imperceptível.(LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 18)<sup>58</sup>

A erosão da democracia acontece de maneira gradativa, muitas vezes em pequeníssimos passos. Tomado individualmente, cada passo parece insignificante – nenhum deles aparenta de fato ameaçar a democracia. Com efeito, as iniciativas governamentais para subverter a democracia costumam ter um verniz de legalidade. Elas são aprovadas pelo Parlamento ou julgadas constitucionais por supremas cortes. Muitas são adotadas sob o pretexto de diligenciar algum objetivo público legítimo – e mesmo elogiável –, como combater a corrupção, “limpar” as eleições, aperfeiçoar a qualidade da democracia ou aumentar a segurança nacional.(LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 90-91)<sup>59</sup>

É sabido que muitos países experimentaram uma erosão na sua ordem constitucional democrática liberal. Na verdade, o tema tornou-se uma preocupação central dos estudos de direito constitucional comparado. Os aspirantes a autocratas têm uma série de ferramentas para efetuar projetos de erosão democrática. As ferramentas de mudança constitucional formal, tanto emendas como substituições, têm sido importantes em muitos países, tanto para consolidar o poder político como para enfraquecer os controles sobre o mesmo.(LANDAU; DIXON, 2019, p. 1319)<sup>60</sup>

Nessa seara, além de Landau e Dixon (2019), Rosnai e Brandes (2019) pensam de forma similar a de Levitsky (2018) e Loughlin (2019) na ideia de que a erosão democrática é quase imperceptível e vai se incrementando de forma sutil.

Em suma, a erosão democrática, tem algumas causas principais, elas são geralmente manifestas em processos de mudança formal constitucional e o ataque aos poderes instituídos, segundo a visão de Yaniv Rosnai e Brandes (2019, p. 4),<sup>61</sup> nesse

<sup>58</sup> LEVITSKY, Steven, ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. 1 ed. São Paulo: Zahar, 2018, p. 18.

<sup>59</sup> LEVITSKY, Steven, ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. 1 ed. São Paulo: Zahar, 2018, p. 90-91.

<sup>60</sup> LANDAU, David; DIXON, Rosalind. Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy (April 1, 2019). 53 **UC Davis Law Review** 1313 (2020), FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 907, p. 1319. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3366602> Acesso em: 28 fev. 2024.

<sup>61</sup> ROZNAI, Yaniv; HOSTOVSKY BRANDES, Tamar. **Democratic Erosion, Populist Constitutionalism and the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine** (May 26, 2019), p. 4. (tradução nossa). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3394412> Acesso em: 30 mai. 2023.

ponto, fica nítido entender que se distingue do constitucionalismo abusivo ao passo que um é mais amplo que o outro.

A erosão se manifesta por um complexo de acontecimentos que envolvem muitas vezes autoritarismo, unilateralismo, nacionalismo, ataques às cortes e a liberdade de expressão, bem como deterioração da qualidade das eleições pelo incremento do populismo negativo.(TUSHNET; BUGARIC, 2021)<sup>62</sup>

Diante disso, conclui-se que a erosão pode envolver atores que não detém o poder da mudança constitucional, enquanto o constitucionalismo abusivo, em tese, para ser praticado é preciso algum detentor de poder nas esferas da mudança constitucional formal e/ou informal.

Entende-se, portanto, frente a conclusão de Magalhães e Ferreira, bem como de Vera Karam de Chueiri, na verdade, que o constitucionalismo abusivo é uma espécie dentro do gênero erosão democrática. Assim, parece que essa corrente é a mais adequada ao estudar os conceitos, sabendo que eles podem ter causas similares, porém não devem ser interpretados como sinônimos ou nomes distintos para explicar o mesmo fenômeno.

### 2.3 DISTINÇÕES COM O CONSTITUCIONALISMO AUTORITÁRIO

O constitucionalismo autoritário combina elementos de autoritarismo e constitucionalismo. O autoritarismo visa concentrar o poder nas mãos de um indivíduo ou grupo, com poucas ou nenhuma restrição. Já o constitucionalismo limita o poder do governo por meio de uma constituição material e/ou formal.

O constitucionalismo autoritário combina eleições com repressão à liberdade de expressão e limites à liberdade pessoal. Esse modelo intermediário é criticado por ser vago e por sua capacidade de legitimar regimes autoritários.

Apesar disso, a breve apresentação do tema é importante para compreender as distinções em seu enquadramento em relação ao constitucionalismo abusivo.

---

<sup>62</sup> [Para saber mais sobre o conceito de populismo negativo, veja:] TUSHNET, Mark V., BUGARIĆ, Bojan. **Power to the people: Constitutionalism in the Age of Populism / Mark Tushnet and Bojan Bugarić.** New York : Oxford University Press, 2021, ISBN 9780197606735 (epub) | ISBN 9780197606728.

Assim, como o objetivo aqui é fazer uma distinção conceitual, novamente a descrição é voltada aos pontos fundamentais para esclarecer a diferença no escopo conceitual, uma vez que o chamado constitucionalismo autoritário ou autoritarismo constitucional é tema controverso não apenas pela terminologia, mas também pelas raízes constitutivas, ideias e possível concretização no bojo do Estado. (OLIVEIRA, 2023, p. 6)<sup>63</sup>

Com efeito, o trabalho de Mark Tushnet sobre o constitucionalismo autoritário tem relevante influência no campo do direito comparado e da ciência política. Assim, a sua definição conceitual será o marco teórico nesse item, uma vez que tal compreensão ajuda no esclarecimento de como regimes autoritários utilizam formas constitucionais para mascarar sua falta de legitimidade.

Considerando que há quem diga que o constitucionalismo abusivo pode ser visto como sinônimo de constitucionalismo autoritário:

A expressão não é unívoca. Muitos autores se utilizam de uma nomenclatura similar para se referir ao mesmo fenômeno. Mark Tushnet dá o nome de Constitucionalismo Autoritário (authoritarian Constitutionalism) e Ozan Varol dá o nome de Furtividade Autoritária (Stealth Authoritarianism), por exemplo. Malgrado a nomenclatura seja distinta, o fenômeno é similar: a elaboração ou a reforma de uma Constituição pelos grupos detentores do poder, com o claro propósito de nele se perpetuarem, reduzindo a oposição, enfraquecendo as instituições e, por consequência, minando a democracia. (MARTINS, 2019, p. 31)<sup>64</sup>

Para Mark Tushnet (2015), o constitucionalismo autoritário<sup>65</sup> é um modelo normativo intermediário entre o constitucionalismo liberal e o autoritarismo que tem compromissos normativos moderadamente fortes com o constitucionalismo. Segundo o autor, esta é uma possibilidade conceitual que tem alguma conexão com a realidade empírica, mas não uma afirmação precisa sobre qualquer sistema.

<sup>63</sup> OLIVEIRA, Lucas Soares de. **O constitucionalismo abusivo na justiça constitucional brasileira: um diagnóstico sobre o abuso constitucional na prática do Supremo Tribunal Federal** / Lucas Soares de Oliveira. Orientador: Vidal Serrano Nunes Júnior. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós Graduação em Direito. – São Paulo: [s.n.], 2023, p. 6.

<sup>64</sup> MARTINS, F. Constitucionalismo abusivo: realidade, perspectivas e propostas para uma possível limitação. **Católica Law Review**, v. 3, n. 1, p. 29-41, 1 jan. 2019, p. 31.

<sup>65</sup> [Veja uma descrição aprofundada do conceito em:] TUSHNET, Mark. Authoritarian Constitutionalism. 100, **Cornell Law Review**. 391, 2015. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4654&context=clr> Acesso em: 17 fev. 2024.

Nessa seara, Lucas Soares de Oliveira elenca as sete principais características do constitucionalismo autoritário, segundo a visão de Tushnet, sendo:

- (1) No constitucionalismo autoritário há regime controlado por um partido ou coligação dominante que conduz todas as políticas públicas relevantes. É isso que torna o regime autoritário.
- (2) O regime não prende direta e arbitrariamente adversários políticos, embora possa impor uma variedade de sanções a eles (ex.: o risco de falência, exposição midiática pautada em fake news etc.).
- (3) Mesmo empregando tais sanções, o regime permite a discussão e críticas abertas às suas políticas. Os críticos do regime encontram-se capazes de disseminar suas críticas mesmo após terem sido sancionados.
- (4) O regime opera eleições razoavelmente livres e justas. Fraudes e intimidação física ocorrem apenas esporadicamente e sem uma linha sistemática clara.
- (5) O partido dominante é sensível à opinião pública e altera suas políticas pelo menos às vezes em resposta ao que considera ser opinião pública. Sua motivação para a responsividade pode ser misturada, embora o desejo de permanecer no poder domine outras motivações, como julgamentos sobre o que está nos melhores interesses do país.
- (6) O regime visa cooptar o máximo de adeptos e simpatizantes, de modo a desenvolver mecanismos para garantir que a quantidade de dissidências não exceda o nível que considera desejável (ex.: em Cingapura os jovens promissores não são orientados nas universidades, mas sim canalizados para posições de poder que apoiam o governo). Mark Tushnet adverte que esses mecanismos de cooptação podem ter o efeito colateral de aumentar a responsabilidade do regime com a opinião pública e as críticas.
- (7) Por fim, os Tribunais são razoavelmente independentes e aplicam requisitos básicos de direito razoavelmente bem. Contudo, os juízes, especialmente os integrantes de Tribunais de cúpula, na linha de argumentação de Mark Tushnet, são mais sensíveis aos interesses do regime dominante, seja devido à formação dos juízes, seja em razão dos mecanismos de seleção para ingresso em tais Tribunais. Às vezes, de fato, eles podem rejeitar iniciativas importantes do regime por razões constitucionais ou de legalidade. Mas o sistema de interpretação constitucional pelo Poder Judiciário assumirá uma forma fraca, com o regime tendo o poder de alterar a Constituição para que suas iniciativas estejam consoantes as interpretações dos Tribunais. (TUSHNET, 2015 *apud* OLIVEIRA, 2023, p. 102)<sup>66</sup>

Por outro lado, Roberto Niembro (2017) entende que o constitucionalismo autoritário não deve ser utilizado para se referir a um regime distinto, mas sim a um conceito que se refere a uma forma muito sofisticada de como as elites governantes com uma mentalidade autoritária exercem o poder em Estados não totalmente democráticos. Neste caso, a constituição liberal democrática do regime, em vez de

---

<sup>66</sup> OLIVEIRA, Lucas Soares de. **O constitucionalismo abusivo na justiça constitucional brasileira: um diagnóstico sobre o abuso constitucional na prática do Supremo Tribunal Federal / Lucas Soares de Oliveira.** Orientador: Vidal Serrano Nunes Júnior. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós Graduated em Direito. – São Paulo: [s.n.], 2023, p. 102.

limitar o poder do Estado e capacitar aqueles que de outra forma seriam impotentes, é utilizada para funções ideológicas práticas e autoritárias.<sup>67</sup>

No constitucionalismo autoritário, as disposições que teoricamente visam limitar o poder ou capacitar aqueles que de outra forma seriam impotentes e ineficazes. As disposições constitucionais que teoricamente criam incentivos para que atores poderosos se controlem mutuamente e os restrinjam, separação de poderes, controles e equilíbrios, federalismo, direitos e liberdades, não funcionam para limitar o poder ou para capacitar aqueles que de outra forma seriam impotentes. Em vez disso, no constitucionalismo autoritário, a constituição é utilizada para outras funções práticas, como a coordenação, a obtenção da cooperação dos impotentes ou outra forma de manutenção do poder pelos pretendentes autoritários.(NIEMBRO, 2017)<sup>68</sup>

Diante dessas informações, é importante ressaltar que o constitucionalismo abusivo não deve ser confundido com o constitucionalismo autoritário. Embora possam ter certas semelhanças, suas práticas são distintas.

Enquanto o constitucionalismo abusivo busca minar os preceitos fundamentais da democracia constitucional por meio da mudança constitucional formal e informal, o constitucionalismo autoritário distorce os princípios constitucionais para promover uma agenda autoritária.

Além disso, o constitucionalismo autoritário ocorre em regimes não totalmente democráticos, enquanto o constitucionalismo abusivo pode ocorrer tanto em regimes autoritários como em democráticos, essa é uma distinção relevante que frustra a perspectiva de verificar os conceitos como sinônimos, o constitucionalismo abusivo é mais abrangente na incidência de regimes.

### 3 EMPRÉSTIMOS CONSTITUCIONAIS ABUSIVOS

O presente capítulo parte da premissa de Landau e Dixon (2021) na qual o constitucionalismo abusivo pode chegar a se manifestar pela via dos empréstimos constitucionais abusivos, conceito o qual é fruto da evolução do conceito de

---

<sup>67</sup> NIEMBRO, Roberto. Conceptualizing authoritarian constitutionalism. A Latin American view.", *Völkerrechtsblog*, 17 July 2017, doi: 10.17176/20170717-082012.

<sup>68</sup> NIEMBRO, Roberto. Conceptualizing authoritarian constitutionalism. A Latin American view.", *Völkerrechtsblog*, 17 July 2017, doi: 10.17176/20170717-082012.

constitucionalismo abusivo e objeto central da obra *Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy*, publicada em 2021 pela *Oxford University Press*.

Nesse elastério, o desenvolvimento dessa vertente conceitual será eminentemente embasado nesse marco teórico, uma vez que este capítulo tem objetivos exploratórios sobre seu uso e a pertinência.

Desse modo, é importante frisar que após a abordagem inicial das características gerais dos empréstimos constitucionais abusivos, conceito fruto do direito constitucional comparado e que estuda o uso de ideias constitucionais migrando em sistemas jurídicos distintos, faz-se necessária uma passagem rápida sobre alguns aspectos essenciais sobre metodologia de pesquisa em direito constitucional comparado, com base em apontamentos de Ran Hirschl e Mark Tushnet para jogar luz ao leitor no sentido de melhor interpretar os fenômenos dos empréstimos abusivos, uma vez que será possível verificar que esses empréstimos quando não são com objetivos autoritários e produzem situações incoerentes, podem ser fruto da ausência de entendimento metodológico quanto a este ramo do direito.

Assim, com uma visão metodológica introdutória, fica mais compreensível entender as quatro principais formas de empréstimos constitucionais abusivos.

Segundo Rosalind Dixon e David Landau (2021, p. 13), a sociedade está em uma era cada vez mais densa de globalização constitucional, por um lado, e estagnação e retrocesso na democratização, por outro. O elo fundamental entre eles é o surgimento do que os autores chamam de “empréstimos constitucionais abusivos”. Por empréstimo constitucional abusivo, quer dizer a apropriação de projetos, conceitos e doutrinas constitucionais liberais democráticas para promover projetos autoritários.<sup>69</sup>

A ideia básica do empréstimo constitucional abusivo é simples: envolve a utilização de desenhos institucionais, doutrinas e conceitos intimamente associados a democracia constitucional para alcançar objetivos antidemocráticos. (LANDAU; DIXON, 2021, p. 23)<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy** (Oxford, 2021; online edn, Oxford Academic, 19 Aug. 2021), p. 13. (tradução nossa). Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192893765.001.0001>, Acesso em: 27 mai. 2023.

<sup>70</sup> DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy** (Oxford, 2021; online edn, Oxford Academic, 19 Aug. 2021), p. 23. (tradução nossa). Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192893765.001.0001>, Acesso em: 27 mai. 2023.

Os projetistas constitucionais, funcionários do poder executivo e legisladores podem se basear no discurso constitucional democrático liberal de maneira abusiva e nesse caminho seguem os juízes (especialmente aqueles aliados a supostos atores autoritários) que são frequentemente tomadores de empréstimos constitucionais abusivos.(LANDAU; DIXON, 2021, p. 37)<sup>71</sup>

O empréstimo constitucional abusivo deve ser distinguido de dois outros fenômenos, onde as ideias democráticas liberais são utilizadas por autoritários, mas não de formas que sejam diretamente antidemocráticas. Em primeiro lugar, o empréstimo de normas democráticas liberais é por vezes utilizado para promover a democracia, mas apenas de forma incremental. Alguns regimes autoritários, por exemplo, podem estar genuinamente empenhados em aumentar o respeito pelos direitos individuais e pelo Estado de Direito, mas apenas através de um processo muito gradual de mudança jurídica e política, que conduz efetivamente a um padrão de longo prazo de comprometimento democrático por parte de uma população predominantemente do regime autoritário. Esses empréstimos refletem um compromisso genuíno com as normas constitucionais democráticas, mesmo num contexto de um elevado grau de autoritarismo ou de um partido dominante, ou de um regime político.(LANDAU; DIXON, 2021, p. 38)<sup>72</sup>

Diante do exposto, é válido apontar que realmente podem existir regimes autoritários que estão tentando caminhar para a direção da democracia, e muitas vezes esse é um processo lento. Portanto, não se pode de plano pensar que um regime autoritário simplesmente faz um empréstimo abusivo ao tentar implementar valores democráticos em seu sistema, é preciso fazer uma análise contextual da situação.

Para Abeyratne Reham (2021, p. 107), o que distingue o empréstimo constitucional abusivo é que ele dissocia designs, conceitos e doutrinas democráticas da sua teleologia constitucional liberal. Por exemplo, os direitos fundamentais são frequentemente colocados em constituições democráticas liberais para a proteção de

---

<sup>71</sup> DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy** (Oxford, 2021; online edn, Oxford Academic, 19 Aug. 2021), p. 37. (tradução nossa). Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192893765.001.0001>, Acesso em: 27 mai. 2023.

<sup>72</sup> DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy** (Oxford, 2021; online edn, Oxford Academic, 19 Aug. 2021), p. 38. (tradução nossa). Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192893765.001.0001>, Acesso em: 27 mai. 2023.

minorias, outras vulnerabilidades e demais grupos vulneráveis, mas através de empréstimos constitucionais abusivos, esses direitos podem ser utilizados ao serviço de um regime autoritário ou para discriminar os próprios grupos que originalmente pretendiam proteger.<sup>73</sup>

Landau e Dixon (2021) afirmam que o empréstimo constitucional abusivo pode assumir pelo menos quatro formas diferentes e parcialmente sobrepostas.<sup>74</sup> Empréstimo simulado: adotar formas democráticas (por exemplo, eleições, imprensa livre) sem substância, criando efetivamente uma fachada; Empréstimo seletivo: Escolher apenas aspectos convenientes dos sistemas democráticos, ignorando os princípios fundamentais; Empréstimo sem contexto: implementar mecanismos democráticos sem considerar o contexto e as necessidades específicas do país, levando à disfunção e; Empréstimo anti-intencional/anti-propósito: utilizar ferramentas democráticas para alcançar resultados antidemocráticos, como consolidar o poder nas mãos de poucos.

Observe-se que todas as formas de empréstimo abusivo operam desvinculando a forma e a substância de uma norma, mas o fazem de maneiras diferentes. Isso posto, essas quatro formas serão objeto de descrição após a apresentação de alguns métodos de pesquisa em constitucional comparado, pois a conexão teórica e os resultados exploratórios ficam claros ao se observar essa lógica na análise do uso e da pertinência conceitual.

---

<sup>73</sup> ABEYRATNE, Rehan. Abusive Constitutional Borrowing: The Latest Legal Iteration of a Political Crisis (July 28, 2021). 12(2) **Journal of Indian Law and Society** 104 (2021), **The Chinese University of Hong Kong Faculty of Law** Research Paper No. 2022-08, p. 107. (tradução nossa). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3896082> Acesso em: 06 fev. de 2024.

<sup>74</sup> “‘Sham’ borrowing, which has received attention in existing work, occurs when authoritarian actors import a norm such as a constitutional right into their legal order with no intention of giving it any effect. 1 Shams may serve as window dressing to legitimate authoritarian projects. Abusive selective borrowing happens when would-be authoritarians take part of a liberal democratic norm or package of norms, but leave aside other parts of the package in order to achieve an anti-democratic effect. Abusive acontextual borrowing involves the transplantation of liberal democratic norms into radically different contexts, where borrowers know they will operate in anti-democratic ways. Finally, ‘anti-purposive’ borrowing occurs where would-be authoritarians turn liberal democratic designs, doctrines, or concepts into instruments that do the opposite of their intended purpose.” DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy** (Oxford, 2021; online edn, Oxford Academic, 19 Aug. 2021), p. 36-37. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192893765.001.0001>, Acesso em: 27 mai. 2023.

### 3.1 ASPECTOS DO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

Segundo David Fontana (2011), vive-se uma era de constitucionalismo comparativo.<sup>75</sup> A própria elaboração da constituição, há muito teorizada como um ato essencialmente doméstico de autogoverno, na verdade, enfatiza cada vez mais atores transnacionais e internacionais, bem como empréstimos de outras ordens constitucionais.<sup>(76)</sup>

Landau e Dixon (2021) adentram ao mérito do valor do direito comparado para ocorrer o fenômeno do (transplante, empréstimo, transferência e migração) de ideias constitucionais entre Estados distintos. Asseveram também, que isso pode ocorrer de forma conceitual e normativa, apontando que o caminho para entender a finalidade da migração é complexo e muitas vezes de difícil identificação se o objetivo era em promover a democracia ou o próprio projeto de poder que subverte o “núcleo mínimo” da democracia constitucional.

Nessa análise, afirmam que há a possibilidade de haver lacunas ou ambiguidades pontuais em premissas que confirmam ou sugerem empréstimos constitucionais abusivos em sua argumentação, mas indicam que isso não pode prejudicar a ideia do argumento geral que é mostrar como projetos, conceitos e doutrinas liberais democráticas podem ser transformados em ferramentas para fins autoritários.

Por corolário, os próprios autores da tese identificam as dificuldades metodológicas de se analisar as situações de empréstimos constitucionais abusivos sob a ótica do direito comparado. Portanto, verifica-se que é relevante explorar alguns conceitos fundamentais da doutrina sobre a metodologia de pesquisa em direito constitucional comparado a fim de dar luz aos exemplos cunhados na obra *“Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy”*, pois se trata de um estudo de ampla amostragem que objetiva aplicar o conceito a muitos países, para dizer o mínimo.

---

<sup>75</sup> FONTANA, David. The Rise and Fall of Comparative Constitutional Law in the Postwar Era (January 31, 2011). *Yale Journal of International Law*, Vol. 36, p. 1, 2011. Disponível em: [https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1628&context=faculty\\_publications](https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1628&context=faculty_publications) Acesso em: 28 fev. 2024.

<sup>76</sup> DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy** (Oxford, 2021; online edn, Oxford Academic, 19 Aug. 2021). Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192893765.001.0001>, Acesso em: 27 mai. 2023.

Logo, uma concepção introdutória de metodologia em constitucional comparado pode ser proveitosa ao se entender a pertinência e o uso do conceito de empréstimos constitucionais abusivos, posto que a doutrina da metodologia se preocupa em como trabalhar comparativamente as diferentes realidades constitucionais sem cair nos riscos dos anacronismos e simplificações contextuais.

### 3.1.1 Métodos de pesquisa aplicados na migração de ideias

Para Gunter Frankenberg (2006, p. 440), ao comparar constituições, o comparativista é confrontado com um gênero específico de textos, além disso, os documentos constitucionais têm uma relação estreita com a política e a ética, mais próxima do que a maioria das outras leis. Portanto, eles são permeados por ideias, ideais e ideologias.<sup>77</sup>

Ademais, Ran Hirschl (2014, p. 192-193) assevera que estudar outro sistema constitucional envolve pelo menos uma implícita comparação com o seu próprio.<sup>78</sup> Sob tal ótica, o autor entende que uma compreensão do direito constitucional comparado, seus fundamentos, métodos, limitações e possibilidades, é pressuposto juntamente com os contornos e conteúdos do kit de ferramentas do comparativista moderno, para que o renascimento do campo persista.(HIRSCHL, 2014, p. 284)<sup>79</sup>

Desse modo, infere-se que comparar sistemas e constituições é um desafio e muitas variáveis devem ser levadas em consideração antes da análise. Posto que, a base de estudo no direito constitucional comparado é diferente da típica análise feita por grande parte das especialidades do direito, a interpretação das fontes de pesquisa não são estritamente as costumeiramente usadas na difusão e aplicação do direito interno, que seria construir raciocínios juridicamente válidos e arguíveis diante da instrumentalização de princípios, normas, doutrinas e julgamentos.

---

<sup>77</sup> *"When comparing constitutions the comparatist is confronted with a specific genre of texts; moreover, constitutional documents bear a close relationship to politics and ethics—closer than most other laws. Therefore, they are permeated by ideas, ideals, and ideology."* FRANKENBERG, Günter. *Comparing Constitutions: Ideas, Ideals, and Ideology: Toward a Layered Narrative*. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 4 (3), 2006. p. 440, (tradução nossa).

<sup>78</sup> HIRSCHL, Ran. **Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law**. First edition. Oxford: Oxford University Press, 2014. p 192-193, (tradução nossa).

<sup>79</sup> HIRSCHL, Ran. **Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law**. First edition. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 284, (tradução nossa).

Obviamente as variáveis do direito são levadas em conta, porém com um rigor metodológico muito íntimo com a ciência política, economia, sociologia e historiografia.

Encontrar problematizações e potenciais soluções a partir de paradigmas distintos é uma característica fértil em comparado, e para que tal fertilidade analítica, hermenêutica e produtiva de conhecimento seja migrada de um sistema jurídico para outro, com qualidade no apontamento conclusivo sobre o problema a ser diagnosticado, tratado e potencialmente resolvido, em âmbito doméstico ou até mesmo com perspectivas mais amplas, estratégias devem ser ponderadas. Dentre elas estão qual tipo de subcategoria metodológica será desenvolvida para buscar os resultados pretendidos, pois resultados sérios e sustentáveis, estão intimamente ligados à metodologia de pesquisa.

Diante disso, a finalidade desta parte é expor de forma descritiva com didática simples e direta as subcategorias metodológicas que podem ser de grande valia aos estudiosos das formas dos empréstimos constitucionais abusivos.

A descrição teórica relaciona pensamentos em comum entre Mark V. Tushnet (2006), Vicki C. Jackson (2012) e Ran Hirschl (2014), em ordem cronológica de publicação, para a partir disso, dar insumo necessário ao leitor, que refletirá melhor na leitura dos próximos tópicos.

Conforme entendimento de Mark Tushnet (2006), a grande questão é que o direito constitucional comparado envolve fazer leis. E, é muito difícil um jurista estar confortável em fazer a construção do direito em mais de um sistema legal, pois mesmo quando as barreiras linguísticas não intervêm, as culturas legais assim o fazem.<sup>80</sup>

Diante disso, entender o valor das culturas legais em âmbito contextual de determinado país é fundamental para que um empréstimo constitucional possa ocorrer sem maiores problemas no sentido de ser incoerente com a ordem para a qual é importado ou até mesmo ser visto como uma conduta abusiva com finalidade autoritária.

Nesse contexto, o Tushnet (2006) mensura como pontos fundamentais a serem considerados antes da pesquisa comparada, é ter um olhar sobre quatro

---

<sup>80</sup> TUSHNET, Mark. **Some Reflections on Method in Comparative Constitutional Law**, in CHOUDHRY, Sujit (Org.). *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

desdobramentos metodológicos, não negando a existência de outras subcategorias, mas Tushnet apresenta como sendo o foco introdutório saber inicialmente o que é o *normative universalism* (universalismo normativo) e o *funcionalism* (funcionalismo), o *simple contextualism* (contextualismo simples) e o *expressivism* (expressivismo), apontando que ambos os métodos têm suas relevâncias, porém os descreve para posteriormente criticá-los em pontos específicos, problemas esses que não serão abordados nesta dissertação, visto que a discussão das correntes metodológicas não é o seu objeto, sim a exposição inicial de algumas linhas gerais para dar insumo teórico na interpretação do conceito de empréstimos constitucionais abusivos.

Por isso, incumbe ressaltar que o autor indica que não há necessidade em insistir que os dois primeiros métodos *normative universalism* e *funcionalism* são bruscamente diferentes. (TUSHNET, 2006, p. 67-68)<sup>81</sup>

Esses dois métodos envolvem esforços para ver como as ideias constitucionais desenvolvidas em um sistema podem estar relacionadas com as de outro, seja porque as ideias tentam capturar o mesmo valor normativo ou, porque tentam organizar um governo para realizar as mesmas tarefas. Verifica-se assim, que esses métodos podem ajudar a descobrir quando as ideias constitucionais migram. O terceiro método é chamado de *contextualism*, sendo o *simple contextualism* e o *expressivism*. O *simple contextualism* insiste que as ideias constitucionais só podem ser compreendidas no contexto institucional e doutrinário completo em que são colocadas. Por outro lado, o *expressivism* considera as ideias constitucionais como expressões da autocompreensão de uma determinada nação. Ambos os métodos levantam questões sobre a coerência do pensamento de que as ideias constitucionais podem migrar (sem modificação substancial) de um sistema para outro. O autor assevera que esses métodos são diferentes, às vezes dramaticamente distintos para a análise de como as ideias constitucionais migram de um sistema constitucional para outro. (TUSHNET, 2006, p. 67-68)<sup>82</sup>

---

<sup>81</sup> “Em certo sentido, o universalismo normativo e o funcionalismo são variantes de um universalismo mais geral, como ficará claro a seguir. No entanto, fui incapaz de conceber rótulos que preservassem um paralelismo nas formulações.” TUSHNET, Mark. **Some Reflections on Method in Comparative Constitutional Law**, in CHOUDHRY, Sujit (Org.). *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 67-68, (tradução nossa).

<sup>82</sup> TUSHNET, Mark. **Some Reflections on Method in Comparative Constitutional Law**, in CHOUDHRY, Sujit (Org.). *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 67-68, (tradução nossa).

Já Vicki Jackson (2012), entende que antes de qualquer coisa é preciso saber os objetivos da disciplina (constitucional comparado), e são três os principais, primeiramente é desenvolver uma compreensão intelectual de um ou mais sistemas jurídicos, outro objetivo é aumentar a capacidade de auto-reflexão do próprio sistema e o terceiro visa desenvolver uma compreensão das “melhores práticas” normativamente preferíveis, seja a partir de uma perspectiva “universalista” sobre direitos ou uma perspectiva mais funcional sobre verdades políticas gerais de constituições bem projetadas.

Com efeito, Vicki Jackson (2012, p. 2-7) traz uma abordagem de como são categorias metodológicas em constitucional comparado, expondo-as como cinco nomenclaturas principais, sendo: 1) *classificatory* (classificatória), que busca demonstrar como são as diferentes classificações de sistemas jurídicos, assim, contribuem para os esforços de classificação, ou melhor, compreensão da classificação possível, dos sistemas constitucionais. Uma questão chave é se existem características distintivas de desenvolvimento constitucional em uma região, seja por causa de conquistas ou influências coloniais, herança religiosa ou cultural comum, ou outros aspectos do ambiente jurídico geopolítico; 2) *historical* (histórica), já essa perspectiva embora muito relacionada a classificatória, se preocupa com a compreensão do desenvolvimento do direito constitucional ou dos sistemas constitucionais ao longo do tempo. Pode haver formas “genéticas” de conexão entre sistemas, com base na influência que um tem sobre o desenvolvimento de outro, e formas “genealógicas” de conexão, em que um (ou mais) sistemas constitucionais surgiram de outro; 3) *normative* (normativa), a qual esboça a criação de valores normativos universais, que transcendem as regionalidades e culturas locais, chamando-a também de *universalist approach* (abordagem universalista); 4) *functional* (funcional) pode identificar uma instituição que existe em vários sistemas constitucionais e explorar suas funções, ou pode identificar uma, ou mais funções desempenhadas por constituições, instituições ou doutrinas constitucionais em algumas sociedades e analisar se de fato a instituição, ou doutrina constitucional que se acredita desempenhar uma função válida o faz, ou pode analisar se e como essa função é desempenhada em outro lugar; 5) *contextual* (contextual), que está preocupada com questões de contexto e particularidade. Sem abraçar a ideia, avançada por alguns comparativistas, sobre a particularidade necessária de cada

sistema jurídico, estudos de contexto enfatizam as maneiras pelas quais contextos institucionais específicos podem limitar a capacidade de tirar conclusões das práticas de outros sistemas.<sup>83</sup>

Ademais, Vicki Jackson (2012, p. 2-7) afirma que cada uma dessas categorias pode se sobrepor a outras, na prática acadêmica. Além disso, dentro dessas categorias, diferentes técnicas podem ser usadas, tão diversas quanto, uma análise detalhada do desenvolvimento de uma ou mais constituições estrangeiras, ou doutrina dos tribunais constitucionais, em matéria de interesse interno, para estudos de caso de um ou dois países em desenvolvimento histórico e/ou doutrinário, para explorações de autocompreensão do papel judicial, em estudos comparados de caso por país de questões específicas, até análises estatísticas *large-N* (ampla amostragem) de fenômenos específicos.<sup>84</sup>

A partir das breves concepções de Tushnet (2006) e Vicki Jackson (2012), já se pode perceber que existem olhares direcionados para determinadas tipologias de estudos comparativos, evidente que elas não são teses hegemônicas nem utilizadas por todos que fazem comparações, porém, conhecê-las e utilizá-las parece pertinente a ótica do estudo dos empréstimos constitucionais abusivos, considerando que Landau e Dixon (2021) reconhecem as dificuldades metodológicas de se compreender os fenômenos abusivos.

Assim, ainda nesse ponto, passa-se para o olhar de Ran Hirschl (2014, p. 192-193), onde o autor afirma que os desafios da investigação constitucional comparativa são muitos, e que as visões e proposições metodológicas, são epistemologias metodológicas que podem ser concebidas como as fontes do estudo em constitucional comparado.<sup>85</sup>

Frente a tal fundamento, Hirschl (2014, p. 193) indica as linhas gerais metodológicas em oito frentes, 1) *freestanding* que são os estudos independentes em um único país, caracterizados comparativamente em virtude de lidar com um país diferente do próprio autor, pois estudar outro sistema constitucional envolve pelo

---

<sup>83</sup> JACKSON, Vicki C. **Comparative Constitutional Law: Methodologies**, in ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press, 2012. p. 2-7, (tradução nossa).

<sup>84</sup> JACKSON, Vicki C. **Comparative Constitutional Law: Methodologies**, in ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press, 2012. p. 2-7, (tradução nossa).

<sup>85</sup> HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. First edition. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 192-193, (tradução nossa).

menos uma implícita comparação com o seu próprio; 2) genealogias e rotulagem taxonômica dos sistemas jurídicos; 3) pesquisas de direito estrangeiro com o objetivo de encontrar a “melhor” ou regra mais adequada entre culturas; 4) referências às leis ou decisões de tribunais de outros países destinadas a engendrar autorreflexão por meio de analogia e contraste; 5) formação de conceito através de múltiplas descrições dos mesmos fenômenos constitucionais entre os países; 6) contemplação normativa ou filosófica de conceitos abstratos como “identidade constitucional”, “transnacional, supranacional e/ou ordem institucional global”; 7) Pesquisa *Small-N* que é a de contexto, imersa a cultura dos países estudados, no domínio do contexto e as teses são limitadas, não se tirando conclusões universais; 8) Pesquisa *Large-N* é a qual tem ampla amostragem, que aborda vários países, muitos dados, sendo que esses estudos se desenvolvem mediante análises estatísticas multivariadas de um grande número de observações, medições, conjuntos de dados, dedicação de tempo e mais, objetivando determinar as correlações entre as variáveis pertinentes.<sup>86</sup>

Conforme o exposto pela visão introdutória de alguns caminhos metodológicos, percebe-se que as nomenclaturas expostas tem convergências de como desenvolver um raciocínio comparado e são complementares umas às outras, as meras distinções nominais em subcategorias não implica negação delas.

Para o objetivo deste trabalho, chama-se a atenção, principalmente, aos métodos universalistas, contextuais e funcionalistas, que são comuns entre os autores supracitados, embora com breve variação nominal, suas diretrizes gerais têm objetivos similares e muito se aproveitam para lançar um olhar crítico sobre o uso e a pertinência das formas de empréstimos constitucionais abusivos.

### 3.1.2 Dos métodos aos empréstimos constitucionais

Como visto, a doutrina especializada em direito constitucional comparado e em migração de ideais constitucionais apresenta alguns fundamentos metodológicos para tornar mais rigorosa a perspectiva comparativa da doutrina.

---

<sup>86</sup> HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. First edition. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 193, (tradução nossa).

Sob tal ótica, vai ser possível perceber na breve descrição das formas de empréstimos constitucionais abusivos, que mesmo sem citar a metodologia utilizada, alguns dos problemas são identificados a partir da própria ausência de método específico nos empréstimos constitucionais, o que pode criar a hipótese de empréstimos constitucionais abusivos sem realmente ser esse o problema da disfunção apresentada.

### 3.2 AS FORMAS DOS EMPRÉSTIMOS CONSTITUCIONAIS ABUSIVOS

Conforme asseveram Landau e Dixon (2021, p. 45), as distintas modalidades de empréstimos não são automaticamente problemáticas. De fato, as mudanças na configuração ou essência de uma norma constitucional específica é uma das características do direito constitucional comparado. No entanto, a identificação de diferentes modalidades de empréstimo se faz importante para destacar as várias formas pelas quais o direito comparado pode ser empregado de maneira antidemocrática. Além disso, incumbe ressaltar que as diversas classificações da tipologia explorada a seguir, não são hermeticamente fechadas.<sup>87</sup>

#### 3.2.1 Empréstimos Simulados

O Empréstimo simulado, denominado *Sham Borrowing* por Landau e Dixon (2021, p. 45), pode ser entendido, pode abranger diversas normas ou instituições, porém algumas normas constitucionais são particularmente vulneráveis a formas enganosas de interpretação devido à complexidade de avaliar a execução efetiva. Os direitos constitucionais são talvez o exemplo mais emblemático. Uma razão para isso é que, embora a existência formal dos direitos constitucionais na constituição seja algo

---

<sup>87</sup> DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy** (Oxford, 2021; online edn, Oxford Academic, 19 Aug. 2021), p. 45. (tradução nossa). Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192893765.001.0001>, Acesso em: 27 mai. 2023.

relativamente fácil de observar e concordar, a implementação substantiva dos direitos é muito mais difícil de medir e é uma questão aberta a desacordo razoável.<sup>88</sup>

Nesse elastério, Landau e Dixon (2021) determinam, baseados em Law e Versteeg que medir a implementação de direitos constitucionais é obviamente muito mais difícil do que simplesmente codificar se um determinado direito existe. Diante disso, os autores fazem algumas considerações no sentido de que há uma dificuldade em verificar como são implementados os direitos, principalmente se considerar as dificuldades e complexidades que demanda uma análise de contexto (método contextual) qualitativa em determinado Estado à luz de sua norma constitucional. Porém, alguns exemplos teóricos podem ser lançados a ponto de reflexão.

Landau e Dixon (2021, p. 45) indicam que as normas em torno da “consulta” democrática são outra característica dos sistemas constitucionais democráticos liberais que se prestam a empréstimos falsos. Uma consulta genuína exige ouvir as pessoas afetadas por uma lei e busca formas de melhorá-la com base em qualquer *feedback* e críticas recebidas. É um processo que envolve troca de ideias e requer tempo e disposição para revisão por parte daqueles que apresentam uma proposta de lei. No entanto, a linguagem da consulta pode ser utilizada de maneira superficial para se referir simplesmente à prática de apresentar projetos constitucionais e legislativos, sem qualquer mecanismo real para receber retorno ou fazer ajustes a esse projeto. Há exemplos de líderes autoritários envolvidos nesse tipo de “consulta” superficial.<sup>89</sup>

Um deles pode ser o caso da Ilha de Fiji<sup>90</sup>, onde o governo de Bainimarama pediu ao conselheiro constitucional e acadêmico queniano Yash Ghai para liderar uma comissão independente sobre a elaboração de uma nova constituição. Mas quando a Comissão de Yash Ghai produziu um rascunho constitucional que ameaçava as futuras perspectivas eleitorais de Bainimarama e dos seus aliados, Bainimarama apreendeu todas as cópias do rascunho da constituição e ordenou que fossem queimadas. Ele

---

<sup>88</sup> DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy** (Oxford, 2021; online edn, Oxford Academic, 19 Aug. 2021), p. 45. (tradução nossa). Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192893765.001.0001>, Acesso em: 27 mai. 2023.

<sup>89</sup> DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy** (Oxford, 2021; online edn, Oxford Academic, 19 Aug. 2021), p. 45. (tradução nossa). Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192893765.001.0001>, Acesso em: 27 mai. 2023.

<sup>90</sup> [Veja mais sobre o exemplo em:] LAWSON, Stephanie. Indigenous Nationalism, “Ethnic Democracy,” and the Prospects for a Liberal Constitutional Order in Fiji. **Nationalism and Ethnic Politics**, 2012, 18:3, 293-315, DOI: 10.1080/13537113.2012.707495.

rapidamente determinou que o governo preparasse um novo projeto de constituição e apresentasse o projeto para “consulta” pública. Esta consulta, no entanto, foi extremamente breve e limitada, e forneceu um pretexto para o governo adotar a nova constituição em 2013, sem que esta fosse submetida a uma assembleia constituinte ou a um referendo popular. (LANDAU; DIXON, p. 46)<sup>91</sup>

Não obstante, Landau e Dixon (2021, p. 46) vão além e apontam outro exemplo, sendo o caso da Tailândia, o qual se originou quando o governo liderado pelos militares quis obter apoio para uma nova constituição em 2007, pretendeu envolver-se num processo de “consulta” pública generalizada. A constituição foi elaborada por um pequeno grupo de especialistas de Bangucoque e foi concebida para consolidar o regime militar. No entanto, foi sujeito a uma série de audiências públicas e distribuído a 20 milhões de famílias, numa tentativa de obter apoio para a sua ratificação popular. Nenhuma destas formas de envolvimento público, contudo, teve qualquer capacidade de alterar o âmbito final da constituição. Nenhuma alteração foi feita no projeto como resultado da campanha de informação pública. O Secretário da Comissão de Redação Constitucional advertiu publicamente que, se o público rejeitasse o projeto de Constituição num referendo, o Conselho de Segurança Nacional iria simplesmente elaborar um projeto de Constituição alternativo.<sup>92</sup>

Frente aos dois exemplos supracitados, Landau e Dixon (2021, p. 47) chegam a conclusão de que o uso fraudulento de normas constitucionais liberais levanta um quebra-cabeça interessante: quando e por que isso funciona? Segundo os autores, parte do objetivo pode ser enganar o público internacional e doméstico quanto à intenção do regime e, assim, obter legitimidade da associação com um compromisso inautêntico com as normas democráticas liberais. Ou menos ambiciosamente, pelo menos turvar as águas de tal forma que as críticas internas e externas se tornem menos contundentes e mais fáceis de refutar com desculpas ou defesas plausíveis. Esse engano pode ser provável de ser bem-sucedido em casos em que os registros

---

<sup>91</sup> DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy** (Oxford, 2021; online edn, Oxford Academic, 19 Aug. 2021), p. 46. (tradução nossa). Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192893765.001.0001>, Acesso em: 27 mai. 2023.

<sup>92</sup> DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy** (Oxford, 2021; online edn, Oxford Academic, 19 Aug. 2021), p. 46. (tradução nossa). Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192893765.001.0001>, Acesso em: 27 mai. 2023.

de conformidade não são transparentes e os autocratas podem razoavelmente reivindicar negações alternativas de sucesso.<sup>93</sup>

Portanto, é possível perceber que, em uma análise preliminar, a ideia exteriorizada de empréstimo fraudulento/falso pode ser concebida em uma tentativa de instituir uma nova constituição a partir de modelos democráticos para, na verdade, apenas dar uma impressão para a comunidade interna e externa de legitimidade estatal, quando todo o uso dos meios democráticos está contaminado.

Assim, há uma real preocupação a ser vislumbrada por tal atividade e identificar esse comportamento em determinados Estados faz-se oportuno do ponto de vista da teoria constitucional ao passo que o poder constituinte originário ainda é visto pela maioria dos constitucionalistas como ilimitado e incondicionado.

### 3.2.2 Empréstimos Seletivos Abusivos

As formas seletivas de empréstimo (*Selective Borrowing*) também podem assumir caráter abusivo. Atores autocráticos podem selecionar e recombinar deliberadamente peças de ordens democráticas visando aprofundar o autoritarismo. (LANDAU; DIXON, 2021)

A ideia da seletividade abusiva no âmbito dos empréstimos constitucionais pode ser vislumbrada a partir do uso de um conjunto de regras jurídicas que existem em uma democracia, juntamente com as exceções, defesas e proteções processuais que normalmente as acompanham.

Há claramente um desacordo razoável quanto aos limites apropriados das exceções relevantes ou limites a diversas regras. Poucos países adotam as mesmas defesas amplas contra a difamação, especialmente no que diz respeito a funcionários públicos, como nos EUA. A não adoção de tais defesas, portanto, não representa necessariamente uma forma problemática de seletividade, mas apenas uma diferença razoável de pontos de vista sobre o equilíbrio apropriado entre direitos ou interesses legais concorrentes. Deve haver algum ponto, contudo, em que a não adoção de

---

<sup>93</sup> DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy** (Oxford, 2021; online edn, Oxford Academic, 19 Aug. 2021), p. 47. (tradução nossa). Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192893765.001.0001>, Acesso em: 27 mai. 2023.

qualquer uma das defesas encontradas noutros sistemas democráticos possa ser problemática tanto para as normas individuais como para as normas mais amplas de competição política.(LANDAU; DIXON, 2021, p. 47-48)<sup>94</sup>

Nessa seara, Landau e Dixon (2021, p. 49) orientam que o uso seletivo de normas e ideias liberais pode se tornar especialmente potente por meio da prática relacionada à recombinação seletiva. Veja, um ponto fraco institucional isolado encontrado em uma democracia liberal pode causar poucos problemas em um determinado contexto político e institucional. Mas um regime pode combinar essas más práticas de vários regimes diferentes, criando uma ferramenta mais potente. Por exemplo, uma única mudança nos procedimentos de nomeação, duração do mandato, regras permanentes ou jurisdição de um tribunal constitucional pode ter relativamente pouco efeito, mas se combinados, o efeito sobre o judiciário pode ser dramático. O enfraquecimento de um tribunal também pode ganhar importância se for acompanhado de mudanças que enfraqueçam a independência de outras instituições destinadas a controlar o poder da maioria, como ouvidorias. O resultado pode ser o que Scheppele chama (com relação à nova Constituição húngara) de *frankenstate*, um monstro criado a partir de partes problemáticas extraídas de constituições de muitas ordens democráticas liberais diferentes.<sup>95</sup>

### 3.2.3 Empréstimos Abusivos Sem Contexto

Seguindo a linha descritiva da concepção de Landau e Dixon, o *Abusive Acontextual Borrowing* pode se manifestar quando os pretendentes autoritários podem intencionalmente transplantar normas para um novo contexto, onde certas condições sociais, políticas e econômicas estão ausentes, visando alcançar objetivos autoritários. Um exemplo desse fenômeno é visto quando se envolve o transplante de normas

---

<sup>94</sup> DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy** (Oxford, 2021; online edn, Oxford Academic, 19 Aug. 2021), p. 47-48. (tradução nossa). Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192893765.001.0001>, Acesso em: 27 mai. 2023.

<sup>95</sup> DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy** (Oxford, 2021; online edn, Oxford Academic, 19 Aug. 2021), p. 49. (tradução nossa). Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192893765.001.0001>, Acesso em: 27 mai. 2023.

construídas em ambientes com alta competição política para aqueles com muito menos competição.

Nessa perspectiva, não é surpreendente que democracias de partidos dominantes, como a África do Sul e a Malásia, às vezes tenham adotado regras que permitem ou encorajam o cruzamento de regras para fortalecer o partido dominante.

Além disso, na análise dos autores, o exemplo eleitoral é apenas um entre várias oportunidades de empréstimos sem contexto propositalmente abusivos, como é o caso das instituições ou comissões anticorrupção, uma vez que ambas podem funcionar de maneira muito diferente em contextos onde a corrupção é desenfreada e grande parte das pessoas dentro ou ao redor de um posto oficial cometeram um crime em potencial. Em tais contextos, comissões anticorrupção e instituições similares podem facilmente se tornar mecanismos de processos seletivos para consolidar vantagens eleitorais, ao invés de verdadeiros órgãos de combate ao crime. (LANDAU; DIXON, 2021, p. 50-51)<sup>96</sup>

Nesse ponto, é relevante lembrar que Landau e Dixon (2021) descrevem a atividade abusiva quando há o elemento volitivo na ação que faz empréstimos sem observar qualquer contexto para a viabilidade da migração de ideias constitucionais. Posto que sem um dolo específico, a conduta mais se adequa a uma migração de ideias constitucionais sem um devido estudo metodológico contextual para verificar sua potencial viabilidade no sistema jurídico que se pretende implantar.

### 3.2.4 Empréstimos Abusivos Anti-Propósito

A quarta forma de Landau e Dixon é chamada de *Abusive Anti-Purpose Borrowing* e é a atividade que visa envolver tentativas de pretendentes autoritários de inverter o propósito ou a função de normas, ou instituições democráticas liberais específicas. O empréstimo antidemocrático e anti-proposital toma ideias ou instituições específicas desenvolvidas para a promoção da democracia liberal e as redistribui para fins que se opõem a esse propósito, ou seja, ele pega conceitos ou

---

<sup>96</sup> DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy** (Oxford, 2021; online edn, Oxford Academic, 19 Aug. 2021), p. 50-51. (tradução nossa). Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192893765.001.0001>, Acesso em: 27 mai. 2023.

instituições democráticas liberais específicas e usa para promover objetivos autoritários.

Nem todos os poderes têm necessariamente esse caráter final. Mas onde o fazem, qualquer uso do poder contra o propósito pode ser considerado antidemocrático.

Como já referido, os empréstimos anti-intencionais (anti-propósito) podem visar instituições democráticas liberais. Um exemplo significativo se verifica com a ocorrência de uma série de instituições não eleitas concebidas para proteger a democracia em muitas democracias constitucionais modernas, tais como comissões eleitorais, comissões gerais ou conselhos nacionais de comunicação social e organizações nacionais concebidas para apoiar a sociedade civil e fazer controle externo dos poderes.<sup>97</sup> O objetivo geral dessas instituições de controle é o de desempenhar funções especializadas que protejam a ordem democrática de abusos ou erosão lastreados nas ações dos atores políticos. Por outro lado, em vez de supervisionar e proteger a independência das eleições, das instituições de poder, dos meios de comunicação social e da sociedade civil, por vezes, podem ser usurpadas por pretendentes autoritários para agirem justamente a fim de minar os objetivos aos quais elas foram fundadas.(LANDAU; DIXON, 2021, p. 53)<sup>98</sup>

Nesse contexto, um exemplo prático dessa situação pode ser visto na Polônia, quando o *National Institute of Freedom: Centre for the Development of Civil Society* desempenhou indiscutivelmente um papel fundamental na limitação da dissidência política, punindo a oposição e as Organizações Não Governamentais (ONG) democráticas liberais, através da limitação do seu acesso ao financiamento. (LANDAU; DIXON, 2021)

---

<sup>97</sup> [No Brasil é possível perceber que o controle externo previsto no âmbito da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) está previsto nos artigos 70 e 71, quando incumbe esse controle ao Poder Legislativo com auxílio do Tribunal de Contas. Ademais, não se pode deixar de mencionar, o artigo 130 da CRFB/88 onde o Ministério Público de Contas que oficia de forma vinculada ao Tribunal de Contas. Ainda, há o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) que é o órgão de controle externo do Ministério Público, que por sua vez exerce o controle externo da atividade policial, além de ser o fiscal da lei e da ordem jurídica. Esses são apenas alguns exemplos. Veja:] BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 2 mar. 2024.

<sup>98</sup> DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy** (Oxford, 2021; online edn, Oxford Academic, 19 Aug. 2021), p. 53. (tradução nossa). Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192893765.001.0001>, Acesso em: 27 mai. 2023.

Por outras palavras, estas instituições podem ser configuradas para executar o conjunto de tarefas exatamente oposto às que foram originalmente encarregadas.

### 3.3 REFLEXÕES E CRÍTICAS À TEORIA DOS EMPRÉSTIMOS ABUSIVOS

O presente tópico vislumbra fazer uma breve explanação do *Symposium: Abusive Constitutional Borrowing* publicado no *The Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law* que se ateve a discutir o conceito de empréstimos constitucionais abusivos a partir de uma análise crítica da obra *Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy*, de Dixon e Landau, publicada em 2021.

Essas acepções são relevantes para o objetivo do estudo, pois os autores do referido simpósio, são marcos teóricos utilizados ao longo da dissertação e grandes nomes do direito constitucional comparado, portanto, suas inferências sobre o conceito são adequadas ao objetivo de estudar o uso, pertinência e expansão do conceito de constitucionalismo abusivo.

De início, Tom Ginsburg (2021, p. 1-3) em sua avaliação afirma que o estudo volta a atenção do leitor para uma questão central e duradoura no estudo das instituições. Visto que, na maior parte dos casos, os estudiosos olharam para as instituições da democracia constitucional isoladamente; estudando tribunais constitucionais, juízes, legislaturas, eleições, conselhos judiciais e outros. Isso posto, faz-se fundamental conhecer que a dinâmica de operação de qualquer um deles pode depender de todos eles. Então, os efeitos de interação são abundantes.<sup>99</sup>

Nesse sentido, Ginsburg (2021, p. 5) segue ao dizer que Dixon e Landau (2021) prestaram um serviço maravilhoso para a área ao identificar e nomear o fenômeno dos empréstimos abusivos. Como consequência, os próximos passos são uma análise mais sistemática das dinâmicas que permitem a ocorrência de tais abusos e um catálogo de estratégias para os prevenir. Porém, apenas no início da investigação, o que ficou claro é que grande parte do esforço dos estudiosos no

---

<sup>99</sup> GINSBURG, Tom. Review of Dixon and Landau's Abusive Constitutional Borrowing. **Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law**, Volume 7, nº 1, 2021, p. 1-3. (tradução nossa). Disponível em: <https://www.cjcl.ca/wp-content/uploads/2021/05/1-Ginsburg.pdf> Acesso em 29 fev. 2024.

campo comparativo não está a ajudar muito: o trabalho é, nos termos de Dixon e Landau, demasiado formalista e não é realista o suficiente. E constata que a abordagem ampla do tipo que eles adotam pode realmente ajudar a descobrir quais princípios devemos usar na concepção constitucional.<sup>100</sup>

Nesse sentido, Ran Hirschl (2021, p. 2-3) em apoio a tese originária de Landau e posteriormente desenvolvida com Dixon, se manifesta no sentido que a obra oferece provavelmente o relato mais completo escrito até hoje por estudiosos do direito constitucional comparado sobre o que foi denominado como “captura constitucional”, “legalismo autocrático” e “constitucionalismo abusivo”. Indo além ao apontar que os autores fornecem uma gama de exemplos de empréstimos constitucionais abusivos literalmente em todo o mundo, expandindo consideravelmente a compreensão do alcance deste fenômeno muito além dos casos da Polônia, Hungria e Venezuela.<sup>101</sup>

Ademais, Hirschl (2021, p. 2-3) reconhece a relevância do conceito posto que é preciso saber que a facilidade com que ideias constitucionais viajam não ajuda exclusivamente a difusão dos valores constitucionais democráticos, mas também podem facilitar práticas malignas destinadas a limitar esses valores. Em suma, Hirschl constata que os autores mostram como esses empréstimos constitucionais abusivos podem assumir a forma de empréstimos “falsos, seletivos, desprovidos de contextuais e anti-intencionais” e denuncia uma tendência de lideranças e seu grande esforço em subverter a democracia.<sup>102</sup>

Para Sanford Levinson (2021, p. 3-4), Dixon e Landau não estão a escrever um livro geral sobre a ascensão de formas iliberais de constitucionalismo, por mais que esse seja certamente o contexto da sua preocupação. Em vez disso, escrevem sobre uma técnica específica que é cada vez mais comum por parte de constitucionalistas iliberais. Isto é, o “empréstimo” de aspectos liberais das

---

<sup>100</sup> GINSBURG, Tom. Review of Dixon and Landau’s Abusive Constitutional Borrowing. **Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law**, Volume 7, nº 1, 2021, p. 5. (tradução nossa). Disponível em: <https://www.cjcl.ca/wp-content/uploads/2021/05/1-Ginsburg.pdf> Acesso em 29 fev. 2024.

<sup>101</sup> HIRSCHL, Ran. Abusive Constitutional Borrowing as a Form Politics by Other Means. **Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law**, Volume 7, nº 1, 2021, p. 2-3. (tradução nossa). Disponível em: <https://www.cjcl.ca/wp-content/uploads/2021/05/2-Hirschl.pdf> Acesso em 29 fev. 2024.

<sup>102</sup> HIRSCHL, Ran. Abusive Constitutional Borrowing as a Form Politics by Other Means. **Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law**, Volume 7, nº 1, 2021, p. 2-3. (tradução nossa). Disponível em: <https://www.cjcl.ca/wp-content/uploads/2021/05/2-Hirschl.pdf> Acesso em 29 fev. 2024.

democracias, embora, no caso dos mutuários, sejam utilizados para fins claramente não liberais.<sup>103</sup>

Com efeito, Levinson (2021, p. 18) entende que Dixon e Landau (2021), na verdade, promovem um certo tipo de “hermenêutica da suspeita”, pois acabam indicando que as coisas nem sempre são como supostamente são, e que, as lições ensinadas pelo “constitucionalismo comparativo” podem, nas mãos erradas, tornar-se uma fonte de grande mal em vez de esclarecimento baseado em “melhores práticas”.<sup>104</sup>

Ainda, Levinson (2021) se preocupa com o uso do conceito no sentido de apontar que uma “maioria” não significa todo mundo, isso quer dizer que mesmo analisando países com contexto, haverá divergências de boa-fé entre os contextualistas e os universalistas. Assim, Levinson chaga a conclusão que é inevitável se ter dúvidas sobre quem é “vilão” e quem é “mocinho” quando se fala em empréstimos constitucionais.

Não obstante, outra preocupação apresentada por Levinson (2021, p. 19-22) é da perspectiva de Dixon e Landau sobre o constitucionalismo abusivo no âmbito do poder constituinte, pois uma das principais características no constituinte originário é o fato de se desprender totalmente das normas anteriores, como Sieyes e Carl Schmitt observam ao longo da história. Sob tal ótica, Levinson questiona até que ponto é possível perceber a manifestação do constitucionalismo abuso ou uma reivindicação do poder constituinte originário? Nesse ponto, Levinson levante dúvida quando ao uso adequado do conceito e constata a sua relevância para a teoria constitucional.<sup>105</sup>

Por outro lado, Roberto Gargarella (2022) impinge críticas já no tocante a divisão conceitual feita por Dixon e Landau, visto que entende ser desnecessária,

---

<sup>103</sup> LEVINSON, Sanford. Assessing “Abusive Constitutionalism” in a Complex Political Universe. **Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law**, Volume 7, nº 1, 2021, p. 3-4. (tradução nossa). Disponível em: <https://www.cjcl.ca/wp-content/uploads/2021/05/3-Levinson.pdf> Acesso em 29 fev. 2024.

<sup>104</sup> LEVINSON, Sanford. Assessing “Abusive Constitutionalism” in a Complex Political Universe. **Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law**, Volume 7, nº 1, 2021, p. 18. (tradução nossa). Disponível em: <https://www.cjcl.ca/wp-content/uploads/2021/05/3-Levinson.pdf> Acesso em 29 fev. 2024.

<sup>105</sup> LEVINSON, Sanford. Assessing “Abusive Constitutionalism” in a Complex Political Universe. **Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law**, Volume 7, nº 1, 2021, p. 19-22. (tradução nossa). Disponível em: <https://www.cjcl.ca/wp-content/uploads/2021/05/3-Levinson.pdf> Acesso em 29 fev. 2024.

pois o constitucionalismo abusivo e os empréstimos constitucionais abusivos são a mesma coisa:

Em suma, a minha primeira conclusão, após uma primeira análise dos conceitos em jogo (“constitucionalismo abusivo” no artigo de Landau; “empréstimo constitucional abusivo” no livro de Dixon-Landau) é que estes são dois conceitos de aparência diferente, mas, na verdade, unidos em tudo o que é relevante: a origem é idêntica; a motivação por detrás do seu emprego é idêntica; os “adversários” em jogo são idênticos (isto é, governantes que se tornarão governantes autoritários); o contexto político-social em que emergem é idêntico; o tipo de problemas que incidem (mudanças constitucionais) são idênticos; as soluções que deles emergem são idênticas [...]. Isto porque não há nenhuma razão convincente (exceto uma estipulação legítima) para limitar o estudo dos “abusos constitucionais” aos casos de reforma constitucional; uma vez que não há razão para Landau e Dixon classificarem os seus estudos de caso na categoria de “empréstimos abusivos” em vez de, simplesmente, na categoria mais ampla de “constitucionalismo abusivo”. Sugiro então, e neste sentido, recorrer à famosa “navalha de Ockham”, que se adote um princípio de parcimônia ou economia conceitual, e assim substituir finalmente a ideia de “empréstimo constitucional abusivo” pela de “constitucionalismo abusivo”. , onde a noção de “abuso constitucional” está associada a um significado mais amplo do que o proposto por Landau em 2013 e, portanto, mais próximo do “uso natural” que poderia corresponder a tais termos.(GARGARELLA, 2022, p. 1)<sup>106</sup>

Ainda, há a perspectiva de Mark Tushnet (2021, p. 23-24) sobre os empréstimos, embora elogie o livro, apresenta suas críticas no sentido de que os argumentos de Dixon e Landau às vezes são equivocados ou exagerados. Nesse ponto, Tushnet entende que, por vezes, o problema reside no exagero, ou seja, localizar uma política iliberal ou de alguma forma problemática e tentar enfiá-la no quadro do “empréstimo abusivo”. Assim, seu ensaio identifica alguns exemplos oferecidos por Dixon e Landau que não funcionam tão bem como afirmam.<sup>107</sup>

Diante disso, Tushnet (2021) se volta a identificar as questões que lhe chamam a atenção por serem, na sua perspectiva, equivocadas. Então, reconhece que a parte teórica conceitual dos empréstimos constitucionais abusivos realmente tem um ponto de partida relevante e adequado, por se concentrar na intenção (elemento volitivo) antidemocrática. Entretanto, ao passo que parte para os exemplos em casos reais, que residem as críticas, visto que a metodologia de pesquisa é seletiva e pode

<sup>106</sup> GARGARELLA, Roberto. On "Abusive Constitutional Borrowing: Some conceptual problem (Part I)", **IberICONnect**, 20 de janeiro de 2022. (tradução nossa). Disponível em: <https://www.ibericonnect.blog/2022/01/sobre-abusive-constitutional-borrowing-algunos-problemas-conceptuales-parte-i/> Acesso em 29 fev. 2024.

<sup>107</sup> TUSHNET, Mark V. Review of Dixon and Landau's Abusive Constitutional Borrowing. **Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law**, Volume 7, nº 1, 2021, p. 23-24. (tradução nossa). Disponível em: <https://www.cjcl.ca/wp-content/uploads/2021/05/4-Tushnet.pdf> Acesso em 29 fev. 2024.

prejudicar os resultados das investigações sobre empréstimos abusivos, pois determinadas fontes nacionais podem trazer um viés seletivo que não reflita necessariamente a posição majoritária da doutrina daquele país estudado.<sup>108</sup>

Ainda, Tushnet (2021, p. 22-25) assevera que assentada a ideia de que os empréstimos constitucionais abusivos são ações praticadas com má-fé e dolo específico, ponto em que entende ser um avanço conceitual relevante para o direito constitucional comparado, ainda se preocupa com a banalização de situações de empréstimos que se tornaram abusivos após implantadas, pois em determinados casos, elas poderiam ter sido positivas, o que significa que não eram necessariamente práticas abusivas com objetivo fraudulento. Para tanto, dá o exemplo do adiamento de eleições, constatando que essa conduta tanto pode ser antidemocrática como pode preservar os valores democráticos, vai depender do contexto ao qual ela se insere.<sup>109</sup>

Com efeito, Tushnet (2021) entende que para se vislumbrar se um empréstimo é abusivo ou não, deve-se olhar para algo diferente da proposta em si e se voltar para o que está a se tentar realizar caso as revisões constitucionais forem aprovadas.

Nesse elástico, em adendo a essa última reflexão de Tushnet (2021), Roberto Gargarella (2022) acrescenta:

Em qualquer caso, acrescentaria à objeção da Tushnet um ponto adicional, destinado a reforçar esse mesmo ponto. Os nossos sistemas institucionais foram pensados como sistemas que, como era esperado, iriam funcionar com base nas motivações de interesse próprio dos funcionários públicos. Ainda mais fortemente, os nossos sistemas constitucionais foram concebidos com a expectativa de que os “cargos públicos” disponíveis seriam preenchidos, esperançosamente, por “demônios”, em vez de “anjos”. Como disse James Madison em *The Federalist*, “a ambição deve ser combatida pela ambição”, de modo a obter um bem coletivo (seguindo assim a mesma lógica de Adam Smith no seu exemplo do padeiro que preparará o nosso pão na manhã seguinte, para obter seu lucro). Porque, se “anjos” governassem, por que precisaríamos de instituições? Isto é, nas instituições do constitucionalismo democrático (americano), o “combustível” que faz a “máquina institucional” “se mover” foi o “egoísmo” dos funcionários públicos, a sua “ambição”, o desejo de obter maiores privilégios. Não surpreende, portanto, que os “movimentos” dos nossos atores institucionais se revelem, previsivelmente, orientados para o seu próprio serviço (ganhar eleições; obter uma reeleição; crescer em

<sup>108</sup> TUSHNET, Mark V. Review of Dixon and Landau’s Abusive Constitutional Borrowing. **Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law**, Volume 7, nº 1, 2021, p. 23-24. (tradução nossa). Disponível em: <https://www.cjcl.ca/wp-content/uploads/2021/05/4-Tushnet.pdf> Acesso em 29 fev. 2024.

<sup>109</sup> TUSHNET, Mark V. Review of Dixon and Landau’s Abusive Constitutional Borrowing. **Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law**, Volume 7, nº 1, 2021, p. 22-25. (tradução nossa). Disponível em: <https://www.cjcl.ca/wp-content/uploads/2021/05/4-Tushnet.pdf> Acesso em 29 fev. 2024.

popularidade), em vez de visar a promoção do interesse comum (a ideia, mais uma vez, é que, ao combinar adequadamente o interesse próprio, a tomada de decisões favorável ao bem comum poderia ser encorajada). E não vemos, em princípio, nada de errado com isto, desde que a máquina de controle funcione (e a “ambição” seja capaz de parar a “ambição”).(GARGARELLA, 2022, p. 1)<sup>110</sup>

Roberto Gargarella (2022) finaliza suas críticas afirmando que seu foco foi principalmente em questões conceituais. Em particular, em examinar problemas como os seguintes: como chamar um “empréstimo”; como avaliar a “má intenção” dos governantes; como caracterizar os efeitos no “núcleo mínimo” da democracia. Entendendo que os problemas conceituais são relevantes, pelas dificuldades que geram na análise política e constitucional que Dixon e Landau pretendem realizar em seu trabalho. Asseverando que tais inconvenientes não obscurecem o valor excepcional do trabalho, que reside tanto na importância do tema sobre o qual o livro se centra, como na extraordinária amostra de casos comparativos que Dixon e Landau apresentam e estudam com detalhe e delicadeza exemplares.<sup>111</sup>

Por fim, ante os elogios e apontamentos críticos específicos aventados, longe de esgotar todo o rico debate entre os respeitados cientistas citados, verifica-se que alguns aspectos relevantes para objetivo da dissertação foram esclarecidos quando a relevância e pertinência do uso conceitual para a discussão doutrinária.

Inobstante, é certo que existem riquíssimos pontos nessas discussões que merecem mais atenção e novos trabalhos. Entretanto, nesse momento, passar-se-á por algumas das respostas de Dixon e Landau face às preocupações exaradas no simpósio objeto deste tópico.

Dito isso, Dixon e Landau (2021, p. 49-80) se atêm a responder aos comentários sobre as melhores afirmações do livro. Sobre os critérios para identificar abusos e as formas como os classificam, e sobre questões metodológicas.<sup>112</sup>

<sup>110</sup> GARGARELLA, Roberto. On "Abusive Constitutional Borrowing: Some conceptual problem (Part II)", **IberICONnect**, 21 de janeiro de 2022. (tradução nossa). Disponível em: <https://www.ibericonnect.blog/2022/01/sobre-abusive-constitutional-borrowing-algunos-problemas-conceptuales-parte-ii/> Acesso em 29 fev. 2024.

<sup>111</sup> GARGARELLA, Roberto. On "Abusive Constitutional Borrowing: Some conceptual problem (Part II)", **IberICONnect**, 21 de janeiro de 2022. (tradução nossa). Disponível em: <https://www.ibericonnect.blog/2022/01/sobre-abusive-constitutional-borrowing-algunos-problemas-conceptuales-parte-ii/> Acesso em 29 fev. 2024.

<sup>112</sup> DIXON, Rosalind; LANDAU, David. Abusive Constitutional Borrowing: A Reply to Commentators. **Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law**, Volume 7, nº 1, 2021, pp. 49-80. Disponível em: [https://www.cjcl.ca/wp-content/uploads/2021/05/5-Dixon-\\_Landau.pdf](https://www.cjcl.ca/wp-content/uploads/2021/05/5-Dixon-_Landau.pdf) Acesso em 29 fev. 2024.

Considerando a ampla compreensão do momento vivido e a ideia de “declínio”, “erosão” “*backsliding*” e as novas formas de autoritarismo, ou o que Landau chamou de constitucionalismo abusivo, Dixon e Landau (2021) afirmam que essas tendências não são universais ou unilaterais, pois existem sinais em países que apontam para novas formas de renovação e resistência democrática, como, por exemplo, a eleição de Joe Biden e a transição de poder bem-sucedida frente a Donald Trump foram vistas como uma renovação democrática em oposição ao constitucionalismo abusivo.<sup>113</sup>

Asseveram que muitos países passaram por uma erosão democrática, como, por exemplo, as mudanças na Hungria e na Polônia na última década. Não obstante, sinais de formas de erosão semelhantes, se não ainda tão significativas, ocorrem na República Checa, Romênia, Bielorrússia e Eslováquia. Na Ásia Pacífico, a democracia constitucional tem sido sublinhada, e frequentemente sob ataque, como na Tailândia e nas Fiji. Ainda, na América Latina, as ameaças ocorreram na Venezuela, Honduras, Brasil, Bolívia e Equador. (DIXON; LANDAU, 2021, p. 50-51)<sup>114</sup>

Diante disso, afirmam que a ideia dos empréstimos abusivos se concentram basicamente em dois componentes principais: primeiro, identificar alterações constitucionais que, tomadas isoladamente ou em combinação com outras alterações paralelas ou subsequentes, têm um efeito material adverso no “núcleo mínimo” da legislação constitucional; e em segundo lugar, observar as formas como os conceitos ou normas democráticas liberais são usados como inspiração ou justificação para estas mudanças. (DIXON; LANDAU, 2021, p. 52)<sup>115</sup>

O ponto é, os autores afirmam que os empréstimos na perspectiva comparativa sempre envolvem um processo de adaptação normativa ao novo regime jurídico que se submete, mas a grande diferença para os empréstimos abusivos se

---

<sup>113</sup> DIXON, Rosalind; LANDAU, David. Abusive Constitutional Borrowing: A Reply to Commentators. **Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law**, Volume 7, nº 1, 2021. (tradução nossa). Disponível em: [https://www.cjcl.ca/wp-content/uploads/2021/05/5-Dixon\\_-\\_Landau.pdf](https://www.cjcl.ca/wp-content/uploads/2021/05/5-Dixon_-_Landau.pdf) Acesso em 29 fev. 2024.

<sup>114</sup> DIXON, Rosalind; LANDAU, David. Abusive Constitutional Borrowing: A Reply to Commentators. **Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law**, Volume 7, nº 1, 2021, p. 50-51. (tradução nossa). Disponível em: [https://www.cjcl.ca/wp-content/uploads/2021/05/5-Dixon\\_-\\_Landau.pdf](https://www.cjcl.ca/wp-content/uploads/2021/05/5-Dixon_-_Landau.pdf) Acesso em 29 fev. 2024.

<sup>115</sup> DIXON, Rosalind; LANDAU, David. Abusive Constitutional Borrowing: A Reply to Commentators. **Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law**, Volume 7, nº 1, 2021, p. 52. (tradução nossa). Disponível em: [https://www.cjcl.ca/wp-content/uploads/2021/05/5-Dixon\\_-\\_Landau.pdf](https://www.cjcl.ca/wp-content/uploads/2021/05/5-Dixon_-_Landau.pdf) Acesso em 29 fev. 2024.

concentra no fato de que as formas abusivas vão além da adaptação necessária, pois são radicalmente superficiais, seletivas, não contextuais ou anti-intencionais por natureza e têm um impacto negativo no núcleo mínimo democrático. (DIXON; LANDAU, 2021)

Assim, Dixon e Landau concordam com a observação de Hirschl no sentido de que os empréstimos abusivos podem ser entendidos como a “confiança simultânea, mas eficaz, no esvaziamento dos conceitos centrais do constitucionalismo para promover uma plataforma política antidemocrática e muitas vezes iliberal. (DIXON; LANDAU, 2021, p. 53)<sup>116</sup>

Em suma, afirmam que atuaram em diversas frentes dos empréstimos, tais como o abuso de direitos na Polônia, a expansão de votos nas Fiji e na Hungria, direitos ambientais falsos no Equador, o uso da Suprema Corte Venezuelana em 2015. Abuso do poder constituinte na Venezuela (1999 e 2017), a doutrina da emenda constitucional inconstitucional para buscar reeleições ilimitadas, ainda, a revisão judicial abusiva pela captura dos tribunais, enfim, Dixon e Landau entendem que seus argumentos são válidos e fundamentados em contextos, embora as críticas (principalmente em resposta a Levinson (2021) e Tushnet (2021) que fragilizam essas questões do ponto de vista contextual aplicado). (DIXON; LANDAU, 2021, p. 54-56)<sup>117</sup>

Em suma, a principal crítica conceitual, no que pese aos empréstimos constitucionais abusivos, é uma definição demasiadamente ampla do seu tratamento de tentativas que podem ser legítimas de mudança política, como observa Tushnet (2021) ao denominar uma “agenda de reforma ambiciosa”. Nesse sentido, Levinson (2021) e Tushnet (2021), levantam esta preocupação. Levinson, por exemplo, teme que “qualquer recurso a noções de 'poder constituinte' ou 'soberania popular' estará sujeito as acusações de abuso.” (DIXON; LANDAU, 2021, p. 59)<sup>118</sup>

---

<sup>116</sup> DIXON, Rosalind; LANDAU, David. Abusive Constitutional Borrowing: A Reply to Commentators. **Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law**, Volume 7, nº 1, 2021, p. 53. (tradução nossa). Disponível em: [https://www.cjcl.ca/wp-content/uploads/2021/05/5-Dixon\\_-\\_Landau.pdf](https://www.cjcl.ca/wp-content/uploads/2021/05/5-Dixon_-_Landau.pdf) Acesso em 29 fev. 2024.

<sup>117</sup> DIXON, Rosalind; LANDAU, David. Abusive Constitutional Borrowing: A Reply to Commentators. **Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law**, Volume 7, nº 1, 2021, p. 54-56. (tradução nossa). Disponível em: [https://www.cjcl.ca/wp-content/uploads/2021/05/5-Dixon\\_-\\_Landau.pdf](https://www.cjcl.ca/wp-content/uploads/2021/05/5-Dixon_-_Landau.pdf) Acesso em 29 fev. 2024.

<sup>118</sup> DIXON, Rosalind; LANDAU, David. Abusive Constitutional Borrowing: A Reply to Commentators. **Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law**, Volume 7, nº 1, 2021, p. 59. (tradução nossa). Disponível em: [https://www.cjcl.ca/wp-content/uploads/2021/05/5-Dixon\\_-\\_Landau.pdf](https://www.cjcl.ca/wp-content/uploads/2021/05/5-Dixon_-_Landau.pdf) Acesso em 29 fev. 2024.

Finalmente, em resposta a crítica metodológica feita por Tushnet (2021), que os casos podem ser comprometidos por um viés seletivo de fontes de determinado país, Landau e Dixon entendem que suas pesquisas se concentram em periódicos em língua inglesa, bem como incluem decisões judiciais, legislação, registros das assembleias constituintes e discussões de ampla respeitabilidade acadêmica, como o exemplo da Venezuela (que foi alvo de crítica por Tushnet nesse quesito). (DIXON; LANDAU, 2021, p. 74-76)<sup>119</sup>

Nesse ponto, parece que as críticas são contundentes, o argumento da globalização do direito constitucional e do direito internacional para limitar o poder constituinte originário não será facilmente aceito pela doutrina majoritária da teoria constitucional. Parece perigoso o uso expansivo e generalizado do constitucionalismo abusivo quanto à teoria do poder constituinte originário.

Embora a perspectiva internacionalista dos direitos humanos universais já caminhe em se opor a ideia majoritária dos constitucionalistas sobre o constituinte originário, ela não é suficiente, nesse momento, para desconstruir séculos de teoria e prática constitucional do poder constituinte originário ilimitado e incondicionado.

#### 4 CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO NO PODER JUDICIÁRIO

Como já verificado no primeiro capítulo, o poder judiciário, embora seja “romantizado” por parte da doutrina como o grande defensor da democracia constitucional, foi possível assentar a ideia de que tal poder, na visão de Landau e Dixon (2019; 2021), está tão sujeito a cometer abusos quanto os outros poderes.

Diante disso, tendo ciência de que o fenômeno do constitucionalismo abusivo pode ser caracterizado tanto no poder executivo, legislativo e judiciário, faz-se o momento de se jogar luz sobre a atividade judicial e demonstrar alguns aspectos dos fundamentos os quais validam a tese da ocorrência de situações que se amoldam ao uso e pertinência da aplicação do conceito objeto central de estudo da dissertação.

---

<sup>119</sup> DIXON, Rosalind; LANDAU, David. Abusive Constitutional Borrowing: A Reply to Commentators. **Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law**, Volume 7, nº 1, 2021, p. 74-76. (tradução nossa). Disponível em: [https://www.cjcl.ca/wp-content/uploads/2021/05/5-Dixon\\_-\\_Landau.pdf](https://www.cjcl.ca/wp-content/uploads/2021/05/5-Dixon_-_Landau.pdf) Acesso em 29 fev. 2024.

É válido apontar que identificar certos conjuntos específicos de subversões constitucionais como "abusivas" levanta a questão fundamental de como discernir entre essas formas "abusivas" de mudança constitucional e outras formas. Anteriormente, estabeleceu-se que a mudança constitucional é considerada "abusiva" quando ela resulta em uma ordem constitucional significativamente menos democrática do que sua forma original. Em outras palavras, isso implica uma tendência em direção ao autoritarismo, mesmo que o regime resultante muitas vezes se manifeste como "híbrido" ou "autoritário competitivo", ao invés de ser completamente autoritário. Ressalta-se que sob tais regimes, as eleições podem ocorrer, mas são injustas e os direitos da oposição são frequentemente desrespeitados. (LANDAU; DIXON, 2019, p. 1322)<sup>120</sup>

Os tribunais por meio da reinterpretação judicial são um caminho óbvio para a realização de mudanças constitucionais abrangentes. Embora os tribunais sejam frequentemente conceituados na literatura como uma defesa potencial para as constituições democráticas, eles também podem ser uma via eficiente para enfraquecê-la, especialmente se já tiverem sido capturados por um regime. Nesse sentido, Dixon e Landau afirmam que os regimes podem preferir contar com os tribunais para realizar mudanças constitucionais antidemocráticas por uma série de razões, incluindo potencialmente menos custo e maior flexibilidade no futuro. (DIXON; LANDAU, 2021, p. 32)<sup>121</sup>

Nesse ponto, Benítez-R. e Germán González (2016) concordam que existem intervenções judiciais em que os tribunais não foram capazes de impedir a consolidação de práticas abusivas, através de alterações autoritárias, de regimes constitucionais abusivos. Isso pode ser visto, em dois Estados sul-americanos que são relativamente semelhantes em termos constitucionais, mas com tribunais politicamente divergentes: Colômbia e Venezuela.<sup>122</sup>

---

<sup>120</sup> LANDAU, David; DIXON, Rosalind. *Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy* (April 1, 2019). 53 *UC Davis Law Review* 1313 (2020), FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 907, p. 1322, (tradução nossa). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3366602> Acesso em: 28 fev. 2024.

<sup>121</sup> DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy** (Oxford, 2021; online edn, Oxford Academic, 19 Aug. 2021), p. 32. (tradução nossa). Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192893765.001.0001>, Acesso em: 27 mai. 2023.

<sup>122</sup> BENÍTEZ-R., Vicente F.; GERMÁN, González Herrera. *El Rol De Las Cortes Y La Protección De La Democracia: Una Aproximación Desde Regímenes Transicionales* (The Role of the Courts Sustaining

A problemática vai além quando as Cortes Constitucionais estão no centro das grandes questões morais e políticas, Cláudio Ladeira de Oliveira adverte ao apresentar o posicionamento de Sunstein sobre a capacidade dos juristas para tais soluções, pois “profissionais com formação técnico-jurídica possuem escassos conhecimentos que lhes permitam solucionar amplas divergências morais e teóricas e carecem do tempo necessário para levar adiante uma empreitada tão exigente.” (LADEIRA, 2008, p. 13)<sup>123</sup>

Logo, identificar abusos no poder judiciário implica em dizer que suas ações devem atingir negativamente algum dos preceitos mínimos da democracia.

O que parece coerente, considerando que Samuel Issacharoff (2015, p. 14) entende que o mundo da democracia é similarmente construído a partir de constituições e de cortes. Posto que a democracia bem sucedida requer inúmeras instituições, sendo que muitas delas devem ser pertencentes ao domínio não governamental da sociedade civil. Tais regimes não são simplesmente fundados nas separações formais do poder governamental entre ramos coordenados, ou mesmo as divisões ao longo de linhas federalistas entre a contenção e o governo.<sup>124</sup>

Nesse contexto, faz-se válido lembrar e considerar a abrangência de alguns dos elementos mínimos da democracia constitucional explicitados no capítulo primeiro, para agregar a visão da Landau e Dixon (2019, p. 1323) aplicada em estudo específico ao Poder Judiciário, que entendem que a definição mínima de democracia não é tão restrita como as descrições puramente processuais ou competitivas da democracia, como as desenvolvidas por Joseph Schumpeter. Ela se baseia em compromissos adicionais com o constitucionalismo e o Estado de Direito, incluindo compromissos com um certo grau de proteção para determinados indivíduos, direitos humanos, respeito e proteção das minorias, direitos como a liberdade de expressão, de associação e de reunião, a igualdade ou o acesso universal ao direito de voto, visto que esses direitos estão intimamente ligados à justiça eleitoral, bem como a

---

Democracy: An Approach from Transitional Regimes) (2016). **REVISTA DERECHO DEL ESTADO**, No. 36, enero-junio de 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2817370>. Acesso em: 10 fev. 2024.

<sup>123</sup> OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. ATIVISMO JUDICIAL, AUTORESTRIÇÃO JUDICIAL E O “MINIMALISMO” DE CASS SUNSTEIN. **DIRITTO & DIRITTI**, v. 1, 2008, p. 13.

<sup>124</sup> “the world of democracy will similarly be constructed out of constitutions and courts. Democracy requires innumerable institutions, many from the nongovernmental domain of civil society. It is not simply the formal separations of governmental power among coordinate branches, or even the divisions along federalist lines between the counter and province.” Vide: ISSACHAROFF, Samuel.

**Fragile Democracies: Contested Power in the Era of Constitutional Courts**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 14.

instituições independentes capazes de supervisionar o processo eleitoral e a controlar o uso arbitrário do Poder Executivo.<sup>125</sup>

Esses elementos constitutivos se comunicam bastante com os de Ladeira, Gaspardo, Issacharoff e Tushnet, o que leva a uma coerência lógica no alinhamento do pensamento dos autores neste quesito ao colocá-los com paradigmas na verificação do que seria um “núcleo mínimo”.

De volta à questão aplicada à atividade judicial, para descobrir se uma determinada decisão ou linha de decisões tem um efeito adverso significativo no “núcleo mínimo” democrático pode ser considerado uma questão difícil. O problema é que o efeito democrático de uma decisão dependerá frequentemente da sua interação com o contexto político e social, e com outras mudanças constitucionais e legais. (LANDAU; DIXON, 2019, p. 1325)<sup>126</sup>

Por tal entendimento, verifica-se o quanto é relevante a aplicação do método de pesquisa contextual quando se vai defender que uma decisão pode ser caracterizada como abusiva, pois o olhar não pode se voltar apenas ao conteúdo decisório, é preciso um olhar abrangente para verificar situações do contexto político e social que estão exercendo pressão/influência ilegítima para que a decisão se torne abusiva. Esse olhar amplo, pode passar pela análise da sincronicidade, do uso seletivo e do individualismo, aspectos que serão abordados mais adiante de forma específica no tópico contextual sobre o STF.

Não obstante, é possível verificar que quando os regimes adotam uma estratégia de revisão judicial abusiva, também buscam tirar proveito da presunção de legitimidade concedida à revisão judicial no contexto do constitucionalismo democrático. Isso costuma ser feito para mitigar tanto a oposição interna quanto a externa às suas ações autoritárias. (LANDAU; DIXON, 2019, p. 1336)<sup>127</sup>

---

<sup>125</sup> LANDAU, David; DIXON, Rosalind. *Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy* (April 1, 2019). 53 **UC Davis Law Review** 1313 (2020), FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 907, p. 1323, (tradução nossa). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3366602> Acesso em: 28 fev. 2024.

<sup>126</sup> LANDAU, David; DIXON, Rosalind. *Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy* (April 1, 2019). 53 **UC Davis Law Review** 1313 (2020), FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 907, p. 1325, (tradução nossa). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3366602> Acesso em: 28 fev. 2024.

<sup>127</sup> LANDAU, David; DIXON, Rosalind. *Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy* (April 1, 2019). 53 **UC Davis Law Review** 1313 (2020), FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 907, p. 1336, (tradução nossa). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3366602> Acesso em: 28 fev. 2024.

Com efeito, quando os tribunais ultrapassam algumas das restrições aparentemente impostas pelos textos constitucionais, isso ocorre de uma forma que possa causar menos protestos por parte das instituições internacionais, se forem elas que carregam essas ações. No mínimo, podem fornecer às elites dominantes um meio de alcançar fins que seriam muito mais dispendiosos se fossem alcançados através de vias políticas. (LANDAU; DIXON, 2019, p. 1336)<sup>128</sup>

Diante disso, a visão geral do constitucionalismo abusivo e dos empréstimos constitucionais abusivos no âmbito da atuação do Poder Judiciário pode se dar como uma estratégia de regime quando atores autoritários capturam tribunais. Nesse sentido, verifica-se o papel fundamental que os tribunais por vezes desempenham na promoção de projetos antidemocráticos. (LANDAU; DIXON, 2019)

Evidente, que o judiciário pode, em prol de seus interesses e por uma intenção dolosa, proferir uma decisão que vulnera o núcleo da democracia sem estar necessariamente capturado por pretendentes autoritários, mas em via de regra, há algum tipo de alinhamento político ideológico envolvido. (LANDAU; DIXON, 2019)

Assim, assenta-se a ideia de que as concepções de Landau e Dixon face ao real poder judiciário são muito diferentes da visão predominante na doutrina, onde os tribunais superiores nacionais são normalmente conceitualizados como uma das principais defesas contra manobras abusivas.

Sob tal ótica, considerando que a atividade da Corte Constitucional se dá pela análise da constitucionalidade dos atos normativos exarados pelos outros poderes, e que isso é amplamente conhecido como controle de constitucionalidade e revisão judicial, é por esta via que as ações abusivas costumam se manifestar.

Assim, a revisão judicial abusiva geralmente faz parte de uma estratégia mais ampla adotada pelo regime para promover mudanças constitucionais antidemocráticas, que incluem uma variedade de ferramentas formais e informais. Nesse sentido, pode ser tanto um substituto quanto um complemento para outras formas de mudança. Em certas circunstâncias, os intervenientes podem recorrer aos tribunais precisamente porque outras vias de mudança, especialmente as ferramentas

---

<sup>128</sup> LANDAU, David; DIXON, Rosalind. Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy (April 1, 2019). 53 *UC Davis Law Review* 1313 (2020), FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 907, p. 1336, (tradução nossa). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3366602> Acesso em: 28 fev. 2024.

formais de mudança constitucional, estão bloqueadas ou imporiam custos mais altos ao regime. (LANDAU; DIXON, 2019, p. 1337)<sup>129</sup>

Isso costuma ocorrer, quando lideranças autoritárias capturam os tribunais para que os mesmos pratiquem abusos em seu benefício. Assim, essa captura do tribunal pode ocorrer, por exemplo, através de um mecanismo para influenciar a composição de um tribunal envolvendo tentativas de remover alegações existentes de má conduta contra determinados juízes, incluindo alegações de corrupção, ou seguir procedimentos estabelecidos para remoção, tais como impeachment baseado em má conduta ou corrupção. Isso realmente pode acontecer, visto que quando os regimes têm apoio suficiente na legislatura, essas remoções podem ser uma opção. Na Bolívia, por exemplo, o regime de Evo Morales tem sido agressivo ao tentar destituir juízes hostis por motivos frágeis. Em 2014, foram iniciados processos de impeachment contra três juízes do Tribunal Constitucional Plurinacional depois de terem decidido contra o governo, e todos os três acabaram por ser afastados da Corte. (LANDAU; DIXON, 2019, p. 1340)<sup>130</sup>

Outra maneira de capturar um tribunal constitucional é atacando a jurisdição, pois pode reduzir a posição e o prestígio do tribunal e a eficácia do cargo judicial. A um nível prático, também pode privar os tribunais da capacidade de invalidar algumas mudanças constitucionais iliberais que efetivamente corroem a democracia constitucional. (LANDAU; DIXON, 2019, p. 1341)<sup>131</sup>

Em linhas gerais, existem casos nos quais os tribunais confirmam e legitimam ações do regime que ajudaram os atores a consolidar o poder, minar a oposição e inclinar fortemente o campo eleitoral a seu favor. Denomina-se isso de *Weak Abusive Judicial Review* ou revisão judicial abusiva fraca, ocorre quando os tribunais confirmam a legislação ou a ação executiva que enfraquece significativamente o

---

<sup>129</sup> LANDAU, David; DIXON, Rosalind. *Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy* (April 1, 2019). 53 **UC Davis Law Review** 1313 (2020), FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 907, p. 1337, (tradução nossa). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3366602> Acesso em: 28 fev. 2024.

<sup>130</sup> LANDAU, David; DIXON, Rosalind. *Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy* (April 1, 2019). 53 **UC Davis Law Review** 1313 (2020), FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 907, p. 1340, (tradução nossa). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3366602> Acesso em: 28 fev. 2024.

<sup>131</sup> LANDAU, David; DIXON, Rosalind. *Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy* (April 1, 2019). 53 **UC Davis Law Review** 1313 (2020), FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 907, p. 1341. (tradução nossa). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3366602> Acesso em: 28 fev. 2024.

núcleo mínimo democrático. Em outros casos, os tribunais foram mais longe e atacaram ativamente a democracia, por exemplo, banindo os partidos da oposição, eliminando os limites dos mandatos presidenciais e reprimindo as instituições mantidas pela oposição. Chama-se isso de *Strong Abusive Judicial Review* ou revisão judicial abusiva forte, ocorre quando os próprios tribunais removem ou minam as proteções democráticas. A função fraca de um tribunal é muito mais amplamente estudada do que a função forte, de eliminação de obstáculos, mas ambas parecem ser razoavelmente comuns em projetos de erosão democrática. (DIXON; LANDAU, 2021, p. 82)<sup>132</sup>

#### 4.1 EMPRÉSTIMOS CONSTITUCIONAIS NO PODER JUDICIÁRIO

De fato, como já observado, os tribunais superiores domésticos são comumente conceituados como uma das principais defesas contra mudanças constitucionais abusivas, e por boas razões. Os tribunais constitucionais podem conduzir exercícios de revisão judicial que defenderão os direitos constitucionais de grupos minoritários e garantirão que as instituições políticas não ultrapassarão os limites do poder. E, como apontam trabalhos anteriores, os tribunais também podem exercer controle sobre as tentativas de mudar ou mesmo substituir a constituição existente, usando ferramentas como a doutrina da emenda constitucional inconstitucional. Em pelo menos em alguns casos, essas ferramentas podem ajudar a atuar como um obstáculo que retardará ou impedirá os esforços de erosão democrática. (DIXON; LANDAU, 2021, p. 81-82)<sup>133</sup>

Entretanto, quando a intenção dolosa dos autoritários está nas mãos dos tribunais, o foco dos empréstimos constitucionais abusivos será em doutrinas ou precedentes estrangeiros e internacionais. Isso envolverá confiança nesses precedentes de maneiras que são altamente superficiais, seletivos, não contextuais ou

---

<sup>132</sup> DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy** (Oxford, 2021; online edn, Oxford Academic, 19 Aug. 2021), p. 82. (tradução nossa). Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192893765.001.0001>, Acesso em: 27 mai. 2023.

<sup>133</sup> DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy** (Oxford, 2021; online edn, Oxford Academic, 19 Aug. 2021), p. 81. (tradução nossa). Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192893765.001.0001>, Acesso em: 27 mai. 2023.

que invertem o propósito da doutrina relevante e ajudam a justificar resultados que têm um efeito material adverso no “núcleo mínimo” da democracia. O tema comum de todas essas abordagens é que elas envolvem tribunais envolvidos em revisões que, em última análise, prejudicam, em vez de proteger ou promover a democracia. (DIXON; LANDAU, 2021, p. 83)<sup>134</sup>

Ressalta-se que para minar a democracia pela via do poder judiciário, é provável que tal medida surja do 'empréstimo' ou cooptação deliberada de tribunais por um pretendente regime autoritário, como parte de uma estratégia mais ampla do regime de mudança constitucional abusiva. (DIXON; LANDAU, 2021, p. 85)<sup>135</sup>

#### 4.2 REVISÃO JUDICIAL ABUSIVA

A maioria dos casos de revisão judicial abusiva envolve tribunais trabalhando como parte de uma estratégia de regime mais ampla, liderada por pretendentes autoritários, para minar a ordem democrática de um país. Nesse sentido, o controle de constitucionalidade abusivo pode ser conceituado como uma ferramenta nas mãos de atores políticos antidemocráticos, ao lado de outras, como emendas formais e mudanças legais infraconstitucionais. Primeiro, as funções específicas desempenhadas pelos tribunais nesse contexto minam a ordem democrática liberal, em vez de simplesmente redistribuir o poder dentro dela, por exemplo, entre governos subnacionais e nacionais. Em segundo lugar, os juízes que realizam revisão judicial abusiva muitas vezes não estão apenas alinhados ideologicamente com o regime político; eles foram capturados ou intimidados. As medidas que os pretendentes autoritários usam para assumir o controle dos tribunais podem ser especialmente agressivas porque as recompensas desse controle são especialmente altas. (DIXON; LANDAU, 2021, p. 87)<sup>136</sup>

---

<sup>134</sup> DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy** (Oxford, 2021; online edn, Oxford Academic, 19 Aug. 2021), p. 83. (tradução nossa). Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192893765.001.0001>, Acesso em: 27 mai. 2023.

<sup>135</sup> DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy** (Oxford, 2021; online edn, Oxford Academic, 19 Aug. 2021), p. 85. (tradução nossa). Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192893765.001.0001>, Acesso em: 27 mai. 2023.

<sup>136</sup> DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy** (Oxford, 2021; online edn, Oxford Academic, 19 Aug. 2021), p.

Em contraste com os atores políticos, os tribunais podem obter o benefício da dúvida de que estão agindo 'legalmente', mesmo ao realizar ações duvidosas. A maioria dos estudiosos constitucionais concorda que existe algum grau de escolha e, portanto, julgamento político, inerente ao processo de construção constitucional. Mas a maioria também sustenta que ainda há algo distintamente legal no processo de construção constitucional, ou que envolve uma mistura de julgamento jurídico e político. (DIXON; LANDAU, 2021, p. 87)<sup>137</sup>

Nesse ponto, sobre o caráter político das decisões da Corte Constitucional, Ladeira assevera:

[...] tal atividade é inevitavelmente “política” no sentido potencialmente primário do termo: trata-se de uma decisão que, ao contrário das controvérsias muitas vezes enfrentadas no âmbito da jurisdição ordinária, não se limita à “política secundária”, que pressupõe um ambiente no qual as decisões políticas fundamentais já foram publicamente adotadas e possuem autoridade reconhecida. É isso que justifica que no âmbito da jurisdição constitucional tribunais e juízes se limitem a negar aplicação apenas à legislação manifestamente inconstitucional, para além da dúvida razoável. (LADEIRA, 2022, p. 187)<sup>138</sup>

Visto isso, não se questiona o caráter político albergado nas decisões de cortes constitucionais, pois faz parte da natureza desse tipo de tribunal, mas a grande questão é, até que ponto o uso dessa natureza política chega quando membros de tribunais constitucionais realmente querem avançar para além de suas funções se valendo da revisão judicial para impor seus interesses ou de seus aliados políticos. Por vezes, isso, como se verá, ocorre com o uso de sincronicidade, seletividade e do individualismo no âmbito da revisão judicial, com ciência dos julgadores que tais ações podem afetar o núcleo essencial da democracia, então, é viável a discussão se é revisão judicial abusiva.

---

87. (tradução nossa). Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192893765.001.0001>, Acesso em: 27 mai. 2023.

<sup>137</sup> DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy** (Oxford, 2021; online edn, Oxford Academic, 19 Aug. 2021), p. 87. (tradução nossa). Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192893765.001.0001>, Acesso em: 27 mai. 2023.

<sup>138</sup> OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. O caráter político da jurisdição constitucional: uma abordagem a partir de Carl Schmitt. **Princípios: Revista de Filosofia (UFRN)**, vol. 29, n. 60, 2022, p. 187.

#### 4.2.1 Revisão Judicial Abusiva Fraca

A forma fraca de revisão judicial abusiva ocorre quando os tribunais são solicitados a rever nova legislação ou ação executiva que colide plausivelmente com o texto constitucional e mina o “núcleo mínimo” democrático. Ao rejeitar uma contestação constitucional a esta legislação ou ação executiva, os tribunais são muitas vezes interpretados pelo público como afirmando a legitimidade dessas leis. Isto é, em grande parte, o subproduto do respeito que os tribunais recebem em muitas democracias constitucionais. Este tipo de “efeito de legitimação” pode ser especialmente valioso para potenciais atores autoritários que procuram envolver-se em formas “furtivas” de autoritarismo, ou para alcançar mudanças antidemocráticas, mantendo, ao mesmo tempo, a aparência de um compromisso com a democracia constitucional. Visto que, se um suposto ator autoritário puder apontar para uma decisão judicial que sustenta essas ações como plausivelmente constitucionais, isto pode acrescentar um argumento de que as ações estão conforme as normas da democracia constitucional. (LANDAU; DIXON, 2019, p. 1345)<sup>139</sup>

Na Venezuela, por exemplo, a Suprema Corte manteve inicialmente alguma independência em relação ao regime de Hugo Chávez, mas isso mudou em 2004, após uma tentativa fracassada de golpe de Estado contra Chávez. O tribunal decidiu a favor do governo em essencialmente todos os casos significativos daquele ponto em diante. No processo, manteve uma série de leis e ações que eram constitucionalmente problemáticas e que ajudaram Chávez a consolidar o poder. Tais como, apoio nas mudanças eleitorais que favoreceram enormemente o regime em exercício e também legitimar decisão do governo de retirar a licença de uma estação de televisão controlada pela oposição. Também foi aberto caminho para sucessivas tentativas de reformas constitucionais que aumentaram o poder de Chávez, entre outras coisas, eliminando os limites do mandato presidencial. (LANDAU; DIXON, 2019, p. 1346-1347)<sup>140</sup>

---

<sup>139</sup> LANDAU, David; DIXON, Rosalind. *Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy* (April 1, 2019). 53 *UC Davis Law Review* 1313 (2020), FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 907, p. 1345, (tradução nossa). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3366602> Acesso em: 28 fev. 2024.

<sup>140</sup> LANDAU, David; DIXON, Rosalind. *Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy* (April 1, 2019). 53 *UC Davis Law Review* 1313 (2020), FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 907, p. 1346-1347, (tradução nossa). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3366602> Acesso em: 28 fev. 2024.

Outro exemplo explorado por Landau e Dixon (2021, p. 95), é a situação ocorrida no Equador, Corrêa, depois de assumir o cargo em 2006, rapidamente substituiu a Constituição. Embora a nova ordem constitucional contivesse uma série de proteções formais para a independência judicial, Corrêa usou o seu controle sobre instituições políticas e órgãos supostamente independentes para obter um controle firme sobre o Tribunal Constitucional. A instituição, por sua vez, ajudou a legitimar atos da administração que ajudaram a empurrá-la em direções autoritárias. Como o elevado controle sobre o poder judiciário e a violação de limites formais ao procedimento de mudança constitucional ao eliminar os limites dos mandatos presidenciais.<sup>141</sup>

Ainda, a Polônia também oferece um exemplo da forma fraca de revisão judicial abusiva que desempenha um papel significativo na erosão democrática. Visto que pouco depois de o partido *Prawo i Sprawiedliwość (PiS)* ter conquistado a maioria dos assentos no parlamento com uma minoria de votos, iniciou um projeto para assumir o Tribunal Constitucional, instituição a qual anteriormente era vista como forte protetora da ordem democrática. O novo “capturado” tornou-se um parceiro importante no projeto do regime (PiS) para consolidar o poder e enfraquecer a oposição. (DIXON; LANDAU, 2021, p. 95)<sup>142</sup>

Portanto, como se vê, a revisão judicial abusiva fraca, na verdade, ao se interpretar o ponto de vista dos autores, é a conivência do tribunal constitucional com normas do parlamento ou do poder executivo que efetivamente tem a intenção de minar preceitos democráticos com a finalidade de manutenção e concentração do poder nas mãos dos pretendentes autoritários.

Por fim, relevante apontar que, segundo Claudio Ladeira de Oliveira (2016, p. 240), essa postura da corte constitucional é manipulada por intenções de má-fé exercidas pela captura do tribunal por líderes autoritários, bem diferente que se conhece como minimalismo e autorrestrrição judicial em respeito às funções

---

<sup>141</sup> DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy** (Oxford, 2021; online edn, Oxford Academic, 19 Aug. 2021), p. 95. (tradução nossa). Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192893765.001.0001>, Acesso em: 27 mai. 2023.

<sup>142</sup> DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy** (Oxford, 2021; online edn, Oxford Academic, 19 Aug. 2021), p. 95. (tradução nossa). Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192893765.001.0001>, Acesso em: 27 mai. 2023.

normativas dos outros poderes,<sup>143</sup> pois nesse caso, não há dolo intencional em violar os valores democráticos, há, na verdade, a intenção de preservá-los.

#### 4.2.2 Revisão Judicial Abusiva Forte

Mais interessantes do que a mera legitimação de decisões políticas antidemocráticas são os casos em que são os próprios tribunais que empreendem ativamente mudanças antidemocráticas. Em alguns casos, os tribunais podem optar por adotar formas robustas de revisão, que envolvem pouca ou nenhuma deferência aos julgamentos constitucionais dos legisladores, ou dos atores executivos. A revisão judicial deste tipo é também frequentemente entendida como uma forma de revisão judicial “forte”. Os tribunais também podem se basear em certas soluções, tais como a invalidação imediata de uma lei ou decisão executiva existente, ou uma ordem obrigatória dirigida a um funcionário governamental específico que exija uma ação específica e imediata, o que tende a conferir um carácter forte à revisão judicial. (LANDAU; DIXON, 2019, p. 1350)<sup>144</sup>

Ademais, a cooptação de formas mais fortes de revisão judicial pode ser especialmente valiosa para atores autoritários. Encontrar formas de mudar ou de contornar restrições é uma parte fundamental da agenda de qualquer aspirante a autoritário.(LANDAU; DIXON, 2019, p. 1350)<sup>145</sup>

Isso porque, as regras de emenda tornam bastante difícil a mudança formal de algumas disposições-chave para o poder. Cada vez mais, provisões desse tipo

---

<sup>143</sup> “No modelo de “autor restrição” judicial (ou “moderação” judicial), os tribunais deveriam permitir que decisões de instituições políticas mantenham-se igualmente válidas sem o crivo de interferência interpretativa dos juizes. Dworkin esclarece que a manutenção dessas decisões provenientes de outros setores do governo deve ocorrer ainda que venham a conflitar com a percepção que os intérpretes jurídicos possuem no tocante aos princípios constitucionais.” OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; MOURA, Suellen Patrícia. O MINIMALISMO JUDICIAL DE CASS SUNSTEIN E A RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 14, Jan.-Jun. p. 240.

<sup>144</sup> LANDAU, David; DIXON, Rosalind. Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy (April 1, 2019). 53 **UC Davis Law Review** 1313 (2020), FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 907, p. 1350, (tradução nossa). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3366602> Acesso em: 28 fev. 2024.

<sup>145</sup> LANDAU, David; DIXON, Rosalind. Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy (April 1, 2019). 53 **UC Davis Law Review** 1313 (2020), FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 907, p. 1350, (tradução nossa). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3366602> Acesso em: 28 fev. 2024.

desfrutam de maior proteção que impõem maiores requisitos para mudança. Em alguns casos, os limites constitucionais são formalmente tornados inalteráveis em virtude de uma cláusula pétrea e a vantagem da revisão judicial neste contexto é que ela tem o potencial de contornar essas limitações. (DIXON; LANDAU, 2021, p. 97)<sup>146</sup>

A ideia geral das revisões judiciais abusivas fortes é que os tribunais ou são capturados pelos pretendentes autoritários, ou são os próprios atores das medidas que visam minar os preceitos democráticos e enfraquecer a oposição ao regime político engajado pelos autoritários, isso pode ocorrer eliminando partidos políticos, anulando eleições, derrubando normas provenientes da oposição, fazendo interpretações constitucionais com o foco em dar a permanência do poder aos pretendentes autoritários, enfim, atuando ativamente e usando o seu poder com má-fé específica subvertendo os predicados mínimos da democracia em prol de uma agenda autoritária.

Por corolário, vale ressaltar que os tribunais por vezes erram e tomam decisões que acabam por enfraquecer os valores democráticos, entretanto, uma interpretação equivocada sem dolo específico, segundo Levinson (2021), Tushnet (2021) e acompanham essa crítica, Landau e Dixon (2021) entendem que nesse caso, não se trataria de uma revisão abusiva forte a derrubada de uma emenda constitucional, embora possa ser ativista ou interpretada como exacerbada frente a teoria da separação dos poderes.

#### 4.3 CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO E O JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Conforme vastamente abordado, a noção de constitucionalismo abusivo foi desenvolvida para evidenciar o uso de procedimentos e mecanismos constitucionais com objetivo de tornar um país menos democrático, ações e omissões as quais acabam limitando direitos fundamentais e violando o sistema de freios e contrapesos, com vistas à concentração do poder.

---

<sup>146</sup> DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy** (Oxford, 2021; online edn, Oxford Academic, 19 Aug. 2021), p. 97. (tradução nossa). Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192893765.001.0001>, Acesso em: 27 mai. 2023.

Esse fenômeno, na perspectiva de Martonio, Rômulo e Francisco Arlem de Queiroz (2023, p. 208), pode ser estrutural ou episódico, e tais acontecimentos têm ocorrido tanto em países com tradição autoritária, como em outros de histórico democrático, incluindo o Brasil.<sup>147</sup>

Diante disso, nesse ponto do estudo, o objeto da pesquisa exploratória se volta à aplicação do fenômeno do constitucionalismo abusivo à luz da interpretação doutrinária brasileira que discute o conceito na atuação da Corte Constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal (STF).

Para tanto, embora já discutida a atuação judicial com foco no comportamento abusivo, faz-se relevante uma perspectiva contextual do quadro geral da atividade judicial no Brasil.

De acordo com Ladeira em seu estudo sobre ativismo judicial, a juristocracia pode ser definida como um governo aristocrático de juízes que se dedicam a uma atividade aparentemente técnica de interpretação de dispositivos jurídicos através de conceitos da dogmática especificamente constitucional. As ameaças ao Estado de direito não se limitam ao legislativo ou ao executivo. A interpretação das leis também pode ser uma fonte de possíveis abusos de poder. A execução da interpretação constitucional por tribunais, nas situações em que há as chamadas "cláusulas pétreas", é, em essência, uma atividade desempenhada por um grupo de indivíduos com acesso privilegiado a um tipo de poder político: decidir em última instância sobre questões constitucionais. (LADEIRA, 2015, p. 195)<sup>148</sup>

Não obstante, é importante ter em mente que os juízes têm mais facilidade de atuar de forma unificada em prol dos seus interesses institucionais, pois possuem uma estrutura organizacional organizada, um treinamento comum e compartilham expectativas a respeito do comportamento judicial, de acordo com os códigos e práticas profissionais. No Brasil, é particularmente o caso dos tribunais superiores, que, além de terem as competências jurisdicionais para o controle judicial de

---

<sup>147</sup> MONTALVERNE, Martonio; LEITÃO, Rômulo; SOUSA, Francisco Arlem de Queiroz. O Constitucionalismo abusivo do STF. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 28, n. 2, 2023, p. 208. DOI: 10.14210/nej.v28n2.p206-228. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/19088>. Acesso em: 10 fev. 2024.

<sup>148</sup> OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causas e consequências. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, [S. l.], v. 16, n. 1, p. 183–216, 2015, p. 195. DOI: 10.18759/rdgf.v16i1.642. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/642>. Acesso em: 27 fev. 2024.

constitucionalidade, também têm as competências administrativas para gerir uma grande quantidade de recursos públicos. (LADEIRA, 2015, p. 199)<sup>149</sup>

Se não fosse o bastante, a ideia romantizada e validade por boa parte da doutrina nacional de que a última palavra, a supremacia e a guarda da constituição devem ser exercidas pela Corte Constitucional, podem ser vislumbrados como uma argumentação que se baseia em conceitos altamente idealizados das capacidades institucionais dos tribunais, sugerindo que estes têm a capacidade e a responsabilidade de serem responsivos às vontades do povo. Não é coincidência que essa concepção seja particularmente popular entre os membros do sistema judiciário e dos "órgãos de controle", em geral. Através dessa visão ampliada da "supremacia da Constituição", eles podem expandir seus próprios poderes políticos de regulamentação e administração, protegidos pela retórica da efetividade constitucional. (LADEIRA, 2022, p. 175)<sup>150</sup>

Nesse sentido, evidencia-se a corrente de que o Poder Judiciário possui papel de garantidor do regime político democrático, mas se frisa novamente que os magistrados não são salvadores da pátria, não devendo atuar de forma voluntarista e inspirados em conceitos próprios e subjetivos de moralidade pública. (BARBOZA; FILHO, 2019, p. 89)<sup>151</sup>

Ainda, Estefânia Barboza e Ilton Filho (2019) vão além, se valendo da visão de Landau, para asseverar que o controle judicial de constitucionalidade das leis não é suficiente para afastar o constitucionalismo abusivo:

Landau afirma que o controle judicial de constitucionalidade e os instrumentos do direito constitucional positivo são ineficazes para conter o fenômeno do constitucionalismo abusivo. No caso brasileiro, é inegável que o controle judicial de constitucionalidade das emendas constitucionais possui importantes problemas que necessitam ser enfrentados, além de não ter sido relevante para conter situações clássicas de constitucionalismo abusivo. Cita-se um exemplo. A Constituição Federal brasileira estabelece, no artigo 60, §2º, CF, que "§2º A

---

<sup>149</sup> OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causas e consequências. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, [S. l.], v. 16, n. 1, p. 183–216, 2015, p. 199. DOI: 10.18759/rdgf.v16i1.642. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/642>. Acesso em: 27 fev. 2024.

<sup>150</sup> OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. O caráter político da jurisdição constitucional: uma abordagem a partir de Carl Schmitt. Princípios: **Revista de Filosofia (UFRN)**, vol. 29, n. 60, 2022, p. 175.

<sup>151</sup> BARBOZA, E. M. Q.; FILHO, I. N. R. Constitucionalismo Abusivo: Fundamentos Teóricos e Análise da sua Utilização no Brasil Contemporâneo. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, [S. l.], v. 12, n. 39, p. 79–97, 2019, p. 89. DOI: 10.30899/dfj.v12i39.641. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/641>. Acesso em: 10 fev. 2024.

proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros”.

De outra banda, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4.425/ DF<sup>152</sup> entendeu que “A Constituição Federal de 1988 não fixou um intervalo temporal mínimo entre os dois turnos de votação para fins de aprovação de Emendas à Constituição (CF, art. 62, §2º)” (BRASIL, STF, 2013), compreendendo que não há parâmetro objetivo que justifique o controle judicial de constitucionalidade no processo legislativo, ou seja, na atuação típica dos legisladores. (BARBOZA; FILHO, 2019, p. 89)<sup>153</sup>

Assim, na ideia de Estefânia e Ilton, uma das situações problemáticas aplicada ao Brasil é o próprio controle de constitucionalidade das emendas constitucionais. E se, nessa perspectiva, no Brasil a Corte não é suficiente para afastar o constitucionalismo abusivo, cai o mito do senso comum de que o STF é o grande salvador da democracia brasileira, pois não seria difícil verificar que tal instituição pode acabar por praticar o próprio constitucionalismo abusivo.

O STF e seus ministros são dotados de inegável poder na definição do constitucionalismo democrático no país. Esse poder justifica, por exemplo, o exercício da justiça constitucional e a definição final de litígios de alta densidade político-jurídica, sem recurso à superior jurisdição. Contudo, em cenários em que os desenhos institucionais se mostrem falhos e/ou informais, abrem-se portas para que o STF e seus membros reiterem práticas ligadas à personalização do poder e à violação das barreiras institucionais do constitucionalismo democrático, mediante condutas que apenas aparentemente se encontram afinadas ao baluarte da democracia. (OLIVEIRA, 2023, p. 105)<sup>154</sup>

---

<sup>152</sup> “A Constituição Federal de 1988 não fixou um intervalo temporal mínimo entre os dois turnos de votação para fins de aprovação de emendas à Constituição (CF, art. 62, §2º), de sorte que inexistente parâmetro objetivo que oriente o exame judicial do grau de solidez da vontade política de reformar a Lei Maior. A interferência judicial no âmago do processo político, verdadeiro locus da atuação típica dos agentes do Poder Legislativo, tem de gozar de lastro forte e categórico no que prevê o texto da Constituição Federal. Inexistência de ofensa formal à Constituição brasileira.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4425 / DF**. Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Redator(a) do acórdão: Min. LUIZ FUX, Julgamento: 14/03/2013, Publicação: 19/12/2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5067184> Acesso em 10 mar. 2024.

<sup>153</sup> BARBOZA, E. M. Q.; FILHO, I. N. R. Constitucionalismo Abusivo: Fundamentos Teóricos e Análise da sua Utilização no Brasil Contemporâneo. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, [S. l.], v. 12, n. 39, p. 79–97, 2019, p. 89. DOI: 10.30899/df.v12i39.641. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/641>. Acesso em: 10 fev. 2024.

<sup>154</sup> OLIVEIRA, Lucas Soares de. **O constitucionalismo abusivo na justiça constitucional brasileira: um diagnóstico sobre o abuso constitucional na prática do Supremo Tribunal Federal / Lucas Soares de Oliveira**. Orientador: Vidal Serrano Nunes Júnior. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós Graduated em Direito. – São Paulo: [s.n.], 2023, p. 105.

Sob tal ótica, Juliano Zaiden e Rafael Estorilio (2017) afirmam que não é difícil perceber que o Supremo Tribunal Federal (STF), em muitos casos acaba assumindo o papel de oráculo decisório e, ao mesmo tempo, adotando uma postura pragmática, podendo se tornar agente central do constitucionalismo abusivo.<sup>155</sup>

Isso posto, nesse momento, já tendo indícios da doutrina nacional ao apontar que o STF pode incorrer em práticas de constitucionalismo abusivo, faz-se relevante lembrar que ao longo da dissertação se assentou a ideia de que o constitucionalismo abusivo se manifesta mediante a ação ou omissão dolosa, com má-fé e intenção de subverter o “núcleo mínimo” da democracia constitucional, que no Brasil estão internalizados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) em geral, limites formais, materiais e circunstanciais ao poder de reforma.

Portanto, faz-se imperioso lembrar das lições de Tushnet (2021), pois se deve olhar para além do ato para considerá-lo abusivo (doloso), é preciso olhar, pelo menos, o contexto social e político em que se encontra a sociedade para ter uma ideia mais próxima da realidade de que as ações ou omissões desses atores (nesse momento o STF ou seus ministros) estão por subverter os valores do constitucionalismo democrático brasileiro.

Com essas considerações em mente, sabendo que os tribunais e os membros do sistema judiciário podem escolher aderir voluntariamente ao novo regime ou até mesmo participar ativamente na derrubada da ordem democrática, uma vez que não estão isolados do contexto social em que o conflito institucional acontece. Ou podem simplesmente ser incapazes de impedir a ação das forças armadas, ou das maiorias políticas mobilizadas. (OLIVEIRA, 2022, p. 178)<sup>156</sup>

Esse entendimento se alinha ao já abordado neste capítulo sobre a posição dos tribunais, podendo eles agir por conta, se alinhar ao regime ou até colaborar com a deferência, ou o ativismo de forma dolosa a fim de subverter predicados da democracia constitucional.

Assim, Zaiden e Estorilio observam que:

---

<sup>155</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer XVIII**, 2017, n. 1. Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/23077-1442-5-30.pdf>, Acesso em: 10 jun. 2023.

<sup>156</sup> OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. O caráter político da jurisdição constitucional: uma abordagem a partir de Carl Schmitt. Princípios: **Revista de Filosofia (UFRN)**, vol. 29, n. 60, 2022, p. 178.

Uma das formas de preparação das instituições para o exercício do constitucionalismo abusivo, em que estruturas constitucionais são estrategicamente utilizadas para desvirtuar o próprio constitucionalismo, encontra-se no reforço de sua posição no jogo político em um ambiente em que deveria haver o saudável exercício dos *checks and balances*. Nos últimos anos, com a crescente presença do STF na política, tem se verificado que a corte, seja em suas decisões, seja nas falas de seus ministros, reforça sua posição de agente central no constitucionalismo. Este passo é importante para que qualquer atuação da jurisdição constitucional possa se valer de autoridade suficiente para, mais tarde, participar como agente de interesses no processo decisório. (BENVINDO; ESTORILIO, 2017, p. 177)<sup>157</sup>

A preocupação aventada por Zaiden e Estorilio (2017) reflete uma conduta de má-fé, estrategicamente orquestrada para um regime de poder, não necessariamente de terceiros pela cooptação do tribunal, mas dele por ele mesmo.

Ademais, Zaiden e Estorilio (2017) interpretam a visão de Tushnet sobre o constitucionalismo autoritário e identificam, especificamente na fala sobre as estratégias de cortes que:

Em *Authoritarian Constitutionalism* (TUSHNET, 2015), Mark Tushnet alcança conclusões semelhantes, também com foco em regimes autoritários: o constitucionalismo é o melhor arsenal de estratégias para um regime “jogar junto” com a Corte. A questão é que esta corte age estrategicamente dentro da argumentação judicial para justificar os futuros passos do regime. Do ponto de vista doutrinário, em sua conclusão, Tushnet pretende demonstrar que, no plano teórico, não podemos classificar estas modalidades de abuso pragmático da corte como “constitucionalismo”, já que nascem dos anseios “pragmáticos” da Suprema Corte para mais tarde sustentar interpretações abusivas. (BENVINDO; ESTORILIO, 2017, p. 177)<sup>158</sup>

Com efeito, a interpretação dos autores sobre a captura dos tribunais quando agem estrategicamente com a argumentação jurídica para justificar ações futuras de um regime não se tratam de constitucionalismo, mas de anseios os quais darão base às decisões abusivas, é possível perceber que Tushnet identifica a má-fé dolosa em um momento que não se discute amplamente o constitucionalismo abusivo no âmbito do poder judiciário, sendo que posteriormente, segue a aceitar a existência do

---

<sup>157</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer XVIII**, 2017, n. 1, p. 177. Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/23077-1442-5-30.pdf>, Acesso em: 10 jun. 2023.

<sup>158</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer XVIII**, 2017, n. 1, p. 177. Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/23077-1442-5-30.pdf>, Acesso em: 10 jun. 2023.

constitucionalismo abusivo no poder judiciário, como se vê em suas críticas ao conceito de Landau.<sup>159</sup>

O que é de conhecimento da doutrina constitucionalista é que nas últimas décadas é comum verificar os passos largos dados pelas cortes.

Esses passos largos objetivam preparar o terreno para colocar-se como um agente seletivo do constitucionalismo abusivo, fortalecendo as capacidades de decisão, e ainda estabelecendo um papel mais definitivo a suas deliberações, com ênfase na “última palavra”, por exemplo, muitas vezes decorrente de uma insatisfação com deliberações que exigiriam um maior diálogo institucional. Essa prática, que, no Brasil, é reforçada ainda pela excessiva individualização das decisões do STF, é claramente um dos dados mais alarmantes da prática cotidiana do STF. São vários os estudos que alertaram para este movimento. (BENVINDO; ESTORILIO, 2017, p. 178)<sup>160</sup>

Então a preocupação reside nesse protagonismo institucional que a atividade do STF se mostra em buscar cada vez mais de um papel politicamente ativo em uma variedade de casos:

Temos então um tribunal propondo-se a melhorar o futuro em uma condição de oráculo em diversos precedentes, incrementando sua capacidade de barganha e sua potencialidade para o exercício do que se poderia denominar de constitucionalismo abusivo. É bem verdade que seleção de casos relevantes como estes poderiam sugerir apenas a função decisiva – ativista – da Corte, ou o papel interpretativo da Constituição, já que estamos sob um regime constitucional democrático. O jogo aqui, todavia, não é inocente e tampouco de mão única. Na medida em que o STF se consolida como corte capaz de manejar seus argumentos politicamente sob a aparência de uma estrita interpretação constitucional, não apenas o STF cresce em seu poder de barganha, como também os outros poderes passam a dele fazer uso para legitimar suas próprias atividades. (BENVINDO; ESTORILIO, 2017, p. 179)<sup>161</sup>

O relato acima se subsume à tese conceitual de que o constitucionalismo abusivo ocorre com má-fé, bem como com um alinhamento social e político, como observa Tushnet.

<sup>159</sup> Veja em: TUSHNET, Mark V. Review of Dixon and Landau’s Abusive Constitutional Borrowing. **Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law**, Volume 7, nº 1, 2021, pp. 23-48. Disponível em: <https://www.cjcl.ca/wp-content/uploads/2021/05/4-Tushnet.pdf> Acesso em 29 fev. 2024.

<sup>160</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer XVIII**, 2017, n. 1, p. 178. Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/23077-1442-5-30.pdf>, Acesso em: 10 jun. 2023.

<sup>161</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer XVIII**, 2017, n. 1, p. 179. Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/23077-1442-5-30.pdf>, Acesso em: 10 jun. 2023.

Ainda, vão além para dizer que com base no uso de suas manifestações específicas, ora ativista e ora minimalista, dependendo do jogo da barganha, o STF na interpretação de Estorilio e Zaiden (2017), se utiliza de seu poder para abusar da interpretação constitucional contra a própria constituição.

Desse modo, verifica-se que o denominador comum para tais casos é o modo como a corte constitucional, ao atribuir elevados poderes a si própria e a se arvorar detentora da “última palavra”, pode alavancar práticas abusivas do constitucionalismo. Usa-se a constituição – ou a interpretação constitucional de uma dada realidade levada a efeito pelo STF – contra a própria constituição. A interação deliberativa, tão aclamada pela literatura constitucional, torna-se então muito mais uma barganha de posições do próprio jogo político, lançando a estratégia política como condicionante da interpretação constitucional e a interpretação constitucional, conforme essa estratégia política, como reforço de sua potência e legitimação de sua prática.(BENVINDO; ESTORILIO, 2017, p. 180)<sup>162</sup>

Como discutido acima, o STF ao elevar sua capacidade de justificar a sua intervenção constitucional tem aberto a possibilidade do que se poderia chamar de constitucionalismo abusivo. Posto que o jogo de mão dupla, que envolve tanto o crescimento de poder quanto a expectativa de concordância com o jogo político, manifesta-se de diversas maneiras. (BENVINDO; ESTORILIO, 2017, p. 180)<sup>163</sup>

Um reflexo dessa força do STF, na perspectiva de Martonio Mont'alverne, Rômulo Leitão e Francisco Arlem de Queiroz Sousa (2023, p. 228), é utilizado para a prática do constitucionalismo abusivo, e os autores deixam clara sua visão no sentido de que as ações da Corte violam o núcleo básico do constitucionalismo, no que pese a separação dos poderes, como se vê:

A Constituição Federal de 1988 desenhou um Supremo Tribunal Federal com amplos poderes e competências de modo que ele tem sido decisivo em vários momentos de instabilidade política, crise institucional e ataques à democracia brasileira. Contudo, o STF tem protagonizado episódios de constitucionalismo abusivo, por vezes, reunindo em si mesmo os três poderes da república, afetando gravemente o dogma da separação de poderes, um dos pilares do constitucionalismo. Por meio de estratégias como a sincronicidade e o uso seletivo da subsunção, a concessão indiscriminada e discricionária de medidas cautelares individuais e o poder de agenda, o STF tem utilizado de

---

<sup>162</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer XVIII**, 2017, n. 1, p. 180. Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/23077-1442-5-30.pdf>, Acesso em: 10 jun. 2023.

<sup>163</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer XVIII**, 2017, n. 1, p. 180. Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/23077-1442-5-30.pdf>, Acesso em: 10 jun. 2023.

instrumentos, procedimentos, institutos e medidas próprias do direito constitucional contra o próprio constitucionalismo.<sup>164</sup>

Esses apontamentos de contexto, indicam os fundamentos do constitucionalismo abusivo da tese de Landau, evoluída com Dixon, Tushnet, Ginsburg, Hirschl e Levinson aplicada aos empréstimos abusivos, se subsumindo a descrição acima na análise de contexto, má-fé, violação dos preceitos democráticos, pois sugere alinhamento com fatores políticos e sociais para implementação de uma agenda de poder concentrado.

Finalmente, registre-se que apesar da doutrina nacional indicar a existência de diversos episódios de abuso por parte do STF, autores como Juliano Zaiden, Lucas Soares de Oliveira e Martonio Mont'alverne, afirmam que as principais formas de manifestação do constitucionalismo abusivo no STF são a sincronicidade e o uso deslocado ou seletivo da subsunção e o individualismo.

Nessa seara, se alinham com as análises gerais já discutidas anteriormente em aspectos comparativos, portanto, merecem atenção.

#### 4.3.1 Sincronicidade

Para se ter qualidade na identificação da má-fé proposital por parte do tribunal, o olhar de ocorrências sociais e políticas é fundamental. (TUSHNET, 2021)<sup>165</sup>

Haja vista que evitar generalizações e imputações que não necessariamente possam ser consideradas como abusivas, pois os tribunais podem errar e vulnerar a democracia sem que essa fosse sua intenção.

Diante dessa premissa, sincronicidade:

De acordo com Carl Jung, sincronicidade é o conjunto irracional de eventos que podem envolver uma relação de causalidade oculta. Sincronicidade trata da relação entre fatos determinados pelas memórias, pela natureza ou pelos

<sup>164</sup> MONTALVERNE, Martonio; LEITÃO, Rômulo; SOUSA, Francisco Arlem de Queiroz. O Constitucionalismo abusivo do STF. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 28, n. 2, 2023, p. 228. DOI: 10.14210/nej.v28n2.p206-228. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/19088>. Acesso em: 10 fev. 2024.

<sup>165</sup> TUSHNET, Mark V. Review of Dixon and Landau's Abusive Constitutional Borrowing. **Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law**, Volume 7, nº 1, 2021, pp. 23-48. Disponível em: <https://www.cjcl.ca/wp-content/uploads/2021/05/4-Tushnet.pdf> Acesso em 29 fev. 2024.

arquétipos e que não podem ser compreendidos mediante o princípio da causalidade na física. Com isso, o elemento central da sincronicidade é visualizar uma relação distante, porém coordenada, entre dois eventos que não exija uma explicação de causa e efeito, ao contrário do tradicionalmente esperado de tais relações. O conceito, embora originário de estudos da psicanálise e voltados para situações diversas de um debate institucional, permite extrair lições relevantes para o possível encontro de relações de causa e efeito implícitos em circunstâncias típicas de constitucionalismo abusivo. (BENVINDO; ESTORILIO, 2017, p. 181)<sup>166</sup>

Nesse contexto, levando-se em conta que as circunstâncias típicas do constitucionalismo abusivo costumam ser difíceis de identificar, extrair lições do que se entende por sincronicidade pode ser oportuno para verificar uma má-fé ou cooptação do tribunal.

Na visão de Magalhães e Ferreira (2022, p. 2163), a sincronicidade ocorre quando decisões judiciais catalisam crises políticas, muito embora não seja possível fazer uma correlação direta e causal entre o processo em curso no STF, a decisão tomada pela corte e sua consequência política.<sup>167</sup>

Para ilustrar essas afirmações, Zaiden e Estorilio (2017) usam, por exemplo, o julgamento da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402 no STF<sup>168</sup>, que em decisão monocrática:

[...] concedeu tutela liminar com base na premissa de que não poderiam permanecer na linha sucessória de possíveis Presidentes da República aqueles tomados réu em processo criminal perante o STF. A decisão gerou o imediato efeito de determinar o afastamento do Senador Renan Calheiros da Presidência do Senado. De acordo com a liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio Mello, uma vez o Senador tornado réu em um processo de peculato e, também, conforme maioria já alcançada (na mesma ADPF, que estava com julgamento interrompido, manifestaram 6 dos 11 ministros pelo afastamento e, com extremo poder de agenda, a sessão foi interrompida por

<sup>166</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer XVIII**, 2017, n. 1, p. 181. Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/23077-1442-5-30.pdf>, Acesso em: 10 jun. 2023.

<sup>167</sup> MAGALHÃES, Breno Baía; FERREIRA, Dayanne Pinto. Com quantos golpes se faz uma crise constitucional no Brasil? Constitucionalismo abusivo, estresse constitucional e juridicidade constitucional. **Rev. Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, Vol. 13, N.04, 2022, p. 2163. DOI: 10.1590/2179-8966/2021/56229. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/q3wy4vcKK5dpxLLY6L3cLtb/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 10 fev. 2024.

<sup>168</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402 / DF**. REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 07-12-2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-177 DIVULG 28-08-2018 PUBLIC 29-08-2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748070923> Acesso em: 10 mar. 2024.

pedido de vista) a consequência não poderia ser diferente no caso ora em análise. (BENVINDO; ESTORILIO, 2017, p. 181) <sup>169</sup>

Segundo Zaiden e Estorilio (2017) a reação do legislativo (mesa do Senado) foi no sentido de que não iriam cumprir a decisão. Diante disso, considerando a urgência da situação face ao conflito entre as instituições, a sessão de julgamento veio e:

Em 7 de dezembro de 2016, em sessão cuja gravidade da situação exigia resposta urgente da Corte, julgou-se o recurso do Senado contrário à decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio de Mello. Dos nove ministros que participaram da deliberação, seis defenderam a solução “conciliatória”: o Presidente do Senado poderia permanecer no exercício dessa função, apenas sendo impedido de assumir, mesmo que temporariamente, a função de Presidente da República. O que chamou, todavia, a atenção desse movimento não foi exatamente a argumentação jurídica altamente controversa de flexibilização da regra constitucional ou da aplicação da tese. Foi, ao contrário, o que acontecia do outro lado da Praça dos Três Poderes. Na mesma quarta-feira, 7 de dezembro de 2016, o Presidente do Senado desistiu de colocar em votação no plenário o projeto de lei que tratava do abuso de autoridade, texto legal que pressionava, de modo bastante contundente, agentes públicos, sobretudo do Judiciário. (BENVINDO; ESTORILIO, 2017, p. 182) <sup>170</sup>

Dito isso, os autores acima entendem que não é possível se provar que realmente houve uma sincronicidade entre os eventos, mas não é de se descartar que a hipótese da análise do julgamento em questão cumulada a ação do parlamento em recuar sua ação legislativa que teria severo impacto na magistratura, tem fundamento razoável.

Entretanto, mesmo ficando claro os argumentos aventados por Zaiden e Estorilio (2017), corroborados por Lunardi (2023) <sup>171</sup> frente ao exemplo concreto de sincronicidade, parece que seriam necessários mais elementos probatórios da má-fé intencional do relator e da corte em violar a separação dos poderes ou o “núcleo mínimo” da democracia constitucional.

---

<sup>169</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer XVIII**, 2017, n. 1, p. 181. Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/23077-1442-5-30.pdf>, Acesso em: 10 jun. 2023.

<sup>170</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer XVIII**, 2017, n. 1, p. 182. Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/23077-1442-5-30.pdf>, Acesso em: 10 jun. 2023.

<sup>171</sup> LUNARDI, Fabrício Castagna. Constitucionalismo abusivo e fulanização de julgamentos: os problemas da atuação circunstancial de uma Corte Constitucional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 10, n. 2, e241, maio/ago. 2023, p. 8. DOI: 10.5380/rinc.v10i2.86788. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/e241/51342>. Acesso em: 10 fev. 2024.

### 4.3.2 Uso seletivo ou deslocamento da substituição

Outra questão relevante é a falta de igualdade entre casos que apresentam uma profunda semelhança e uma relativa proximidade temporal. O desencontro de coerência em casos centrais que causam grandes efeitos políticos acarretam um sério desconforto em relação às expectativas de segurança jurídica e sugerem um possível uso predominantemente político da Corte.

Para Fabrício Castagna Lunardi (2023, p. 8), o uso seletivo da subsunção é quando a interpretação de uma questão de direito idêntica pode sofrer alterações significativas de acordo com as partes ou interesses envolvidos. Essa violação da isonomia é uma forma abusiva de constitucionalismo, uma vez que, apesar de serem idênticas as situações jurídicas, as mesmas regras constitucionais podem ser interpretadas e aplicadas de forma diferente, dependendo da parte ou do interesse envolvido.<sup>172</sup>

Nesse mesmo sentido, Breno Baía Magalhães e Dayanne Pinto Ferreira (2022, p. 2163) entendem que na prática seletiva de subsunção, a corte age de forma abusiva quando falha na aplicação de padrões isonômicos no julgamento de casos semelhantes em um curto espaço de tempo.<sup>173</sup>

Isto é, consoante a hermenêutica das escolhas, a seleção de uma das diversas regras jurídicas que podem ser aplicadas de acordo com o interesse ou a pessoa envolvida. (LUNARDI, 2023, p. 8)<sup>174</sup>

---

<sup>172</sup> LUNARDI, Fabrício Castagna. Constitucionalismo abusivo e fulanização de julgamentos: os problemas da atuação circunstancial de uma Corte Constitucional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 10, n. 2, e241, maio/ago. 2023, p. 8. DOI: 10.5380/rinc.v10i2.86788. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/e241/51342>. Acesso em: 10 fev. 2024.

<sup>173</sup> MAGALHÃES, Breno Baía; FERREIRA, Dayanne Pinto. Com quantos golpes se faz uma crise constitucional no Brasil? Constitucionalismo abusivo, estresse constitucional e juridicidade constitucional. **Rev. Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, Vol. 13, N.04, 2022, p. 2163. DOI: 10.1590/2179-8966/2021/56229. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/q3w4vcKK5dpxLLY6L3cLtb/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 10 fev. 2024.

<sup>174</sup> LUNARDI, Fabrício Castagna. Constitucionalismo abusivo e fulanização de julgamentos: os problemas da atuação circunstancial de uma Corte Constitucional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 10, n. 2, e241, maio/ago. 2023, p. 8. DOI: 10.5380/rinc.v10i2.86788. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/e241/51342>. Acesso em: 10 fev. 2024.

Portanto, Lunardi sugere que, em diversas ocasiões, o direito constitucional tem sido usado pelo STF de forma inusitada, para justificar ou conferir uma aparência de legitimidade a decisões que, na verdade, são essencialmente políticas. Em outras palavras, é o abuso do direito constitucional, que se refere à justificativa de uma decisão baseada em fundamentos não jurídicos. (LUNARDI, 2023, p. 8)<sup>175</sup>

Ocorre, na prática, o que aqui se denomina de “fulanização dos julgamentos”, ou seja, em idêntica situação jurídica, os julgamentos do STF têm sido diferentes a depender da parte e do interesse envolvido no processo, de modo que a decisão para “fulano” talvez não seja a mesma para “beltrano”, a depender do contexto político, das pressões populares, do ministro relator e de outras variáveis que têm envolvido o intrincado jogo estratégico que passou a se submeter a Corte. Nesse sentido, há diversas críticas pelo fato de que o STF tem atuado circunstancialmente, e não como um tribunal que deve gerar precedentes, oscilando sua jurisprudência a depender dos interesses ou dos políticos envolvidos. (LUNARDI, 2023, p. 9)<sup>176</sup>

Sob tal perspectiva, Lunardi (2023, p. 22) entende que várias decisões do STF foram seletivas<sup>177</sup> conforme a autoridade que era investigada, situações que caracterizam, na sua visão, prática do constitucionalismo abusivo por parte do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, a Ação Cautelar nº 4070,<sup>178</sup> que fora julgada poucos meses antes da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402/DF e teve um posicionamento distinto, como observa Fabrício Lunardi:

---

<sup>175</sup> LUNARDI, Fabrício Castagna. Constitucionalismo abusivo e fulanização de julgamentos: os problemas da atuação circunstancial de uma Corte Constitucional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 10, n. 2, e241, maio/ago. 2023, p. 8. DOI: 10.5380/rinc.v10i2.86788. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/e241/51342>. Acesso em: 10 fev. 2024.

<sup>176</sup> LUNARDI, Fabrício Castagna. Constitucionalismo abusivo e fulanização de julgamentos: os problemas da atuação circunstancial de uma Corte Constitucional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 10, n. 2, e241, maio/ago. 2023, p. 9. DOI: 10.5380/rinc.v10i2.86788. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/e241/51342>. Acesso em: 10 fev. 2024.

<sup>177</sup> [A exemplo dessas decisões seletivas, na visão do autor, tem-se, no âmbito do STF: Ação Cautelar n.º 4.070; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 402; Ação Cautelar n.º 4327; Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5526; Reclamação n.º 23.457; Mandado de Segurança n.º 34070; Mandado de Segurança n.º 34609; Mandado de Segurança n.º 34615; Mandado de Segurança n.º 34609; Agravo em Recurso Especial n.º 964246; Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 43, entre outras, veja aprofundadamente a explicação em:] LUNARDI, Fabrício Castagna. Constitucionalismo abusivo e fulanização de julgamentos: os problemas da atuação circunstancial de uma Corte Constitucional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 10, n. 2, e241, maio/ago. 2023, p. 22. DOI: 10.5380/rinc.v10i2.86788. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/e241/51342>. Acesso em: 10 fev. 2024.

<sup>178</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Cautelar n.º 4070**. Referendo. Relator: Ministro Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Julgado em 5/5/2016, DJe-225, publicado. 21/10/2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11899283> Acesso em 10 mar. 2024.

Ocorre que, poucos meses antes, no julgamento da ação contra o Deputado Federal Eduardo Cunha (Ação Cautelar n.º 4070), o STF havia fixado o entendimento de que, “especificamente em relação ao cargo de presidente da câmara”, que ele ocupava, “concorre para a suspensão a circunstância de figurar o requerido como réu em ação penal por crime comum, com denúncia recebida pelo Supremo Tribunal Federal, o que constitui causa inibitória ao exercício da Presidência da República”. Assim, ficou evidente a falta de isonomia de tratamento, possivelmente pela falta de força da Corte Constitucional brasileira frente a determinados atores políticos. Diante da situação, a Ministra Cármen Lúcia tentou minimizar o problema, dizendo que, “em benefício do Brasil e da Constituição da qual somos guardiões, neste momento impõe-se de forma muito especial a prudência do Direito e dos magistrados”. E concluiu: “Estamos tentando reiteradamente atuar no máximo de respeito e observância dos pilares da República e da democracia”.(LUNARDI, 2023, p. 11)<sup>179</sup>

Como no exemplo acima, em diversos momentos, o direito constitucional foi usado pelo STF para justificar ou dar uma aparência de legitimidade a decisões que, na verdade, são essencialmente políticas. Nesses casos, houve um uso incorreto do direito constitucional, uma vez que este foi utilizado para justificar uma decisão fundamentada em argumentos não jurídicos. A prática é considerada uma violação por constitucionalismo abusivo judicial. (LUNARDI, 2023, p. 22)<sup>180</sup>

Em uma perspectiva sistemática do conceito do constitucionalismo abusivo, apenas um uso errôneo pela via da hermenêutica constitucional, por si só, não pode levar a crer que há o constitucionalismo abusivo, visto que Tushnet (2021) é seguro nesse ponto e convence Landau e Dixon (2021) que a má-fé intencional é requisito para subsunção das ações e omissões dos pretendentes autoritários serem consideradas na categoria conceitual do constitucionalismo abusivo.

### 4.3.3 Individualismo

O poder individual de cada ministro do Supremo Tribunal Federal está se tornando uma questão problemática para a democracia. As decisões individuais para

---

<sup>179</sup> LUNARDI, Fabrício Castagna. Constitucionalismo abusivo e fulanização de julgamentos: os problemas da atuação circunstancial de uma Corte Constitucional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 10, n. 2, e241, maio/ago. 2023, p. 11. DOI: 10.5380/rinc.v10i2.86788. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/e241/51342>. Acesso em: 10 fev. 2024.

<sup>180</sup> LUNARDI, Fabrício Castagna. Constitucionalismo abusivo e fulanização de julgamentos: os problemas da atuação circunstancial de uma Corte Constitucional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 10, n. 2, e241, maio/ago. 2023, p. 22. DOI: 10.5380/rinc.v10i2.86788. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/e241/51342>. Acesso em: 10 fev. 2024.

conceder medidas cautelares monocráticas, que deveriam ser raras, estão sendo aplicadas de forma excessiva pelos magistrados do tribunal, mesmo sem a presença de urgência e até mesmo sem solicitação da parte interessada. (MONT'ALVERNE; LEITÃO; SOUSA, 2023, p. 220-221)<sup>181</sup>

Uma questão clara que se destaca é a retirada das atribuições do colegiado, uma vez que diversas decisões individuais nem sempre são submetidas à aprovação do Plenário do Tribunal. Isso acarreta a possibilidade de liminares se estenderem por um longo tempo, haja vista o poder de pauta do ministro-relator, tendo poder para segurá-lo até que os demais ministros concordem com seu entendimento, uma vez que muitas das decisões monocráticas discordam do entendimento predominante na Corte. (MONT'ALVERNE; LEITÃO; SOUSA, 2023, p. 221)<sup>182</sup>

Sob tal ótica, Martonio, Rômulo e Francisco Arlem de Queiroz asseveram:

Com isso, aquilo que era para ser precário se torna definitivo a ponto de substituir ou mesmo tornar inútil o próprio julgamento de mérito, algumas vezes pela perda superveniente do objeto, em face do longo decurso de tempo e em outras pela dificuldade de se retornar ao “*status quo*” anterior à concessão da decisão monocrática, haja vista que com o tempo inúmeros fatos vão se consumando sob o manto da decisão “precária”, fazendo com que seja muito maior o custo social, econômico e político de revogá-la. (MONT'ALVERNE; LEITÃO; SOUSA, 2023, p. 221)<sup>183</sup>

Nesse sentido, Tom Ginsburg ao ser indagado por este escritor em uma conferência online, fala sobre os perigos das decisões monocráticas do STF para a democracia constitucional, visto que Ginsburg entende que tais decisões são extremamente perigosas e ainda mais arriscadas quando estão interferindo em

<sup>181</sup> MONT'ALVERNE, Martonio; LEITÃO, Rômulo; SOUSA, Francisco Arlem de Queiroz. O Constitucionalismo abusivo do STF. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 28, n. 2, 2023, p. 220-221. DOI: 10.14210/nej.v28n2.p206-228. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/19088>. Acesso em: 10 fev. 2024.

<sup>182</sup> MONT'ALVERNE, Martonio; LEITÃO, Rômulo; SOUSA, Francisco Arlem de Queiroz. O Constitucionalismo abusivo do STF. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 28, n. 2, 2023, p. 221. DOI: 10.14210/nej.v28n2.p206-228. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/19088>. Acesso em: 10 fev. 2024.

<sup>183</sup> MONT'ALVERNE, Martonio; LEITÃO, Rômulo; SOUSA, Francisco Arlem de Queiroz. O Constitucionalismo abusivo do STF. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 28, n. 2, 2023, p. 221. DOI: 10.14210/nej.v28n2.p206-228. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/19088>. Acesso em: 10 fev. 2024.

funções típicas dos outros poderes, representando risco a democracia e podendo causar erosão democrática. (REVERBEL, 2021)<sup>184</sup>

Com efeito, os desafios da deliberação em um ambiente onde o debate por vezes é mitigado intencionalmente parece ser uma estratégia para rearranjar forças entre os poderes e negociar politicamente, em vez de defender a constituição com fundamentos predominantemente jurídicos, como sugerem os autores nacionais que discutem a singularidade, seletividade e individualismo.

Portanto, verifica-se que a legitimidade democrática do Tribunal Constitucional necessariamente perpassa pelo seu "desempenho deliberativo". Posto que um debate entre os membros da corte é justamente o que se objetiva quando se faz necessário o uso da jurisdição constitucional.

Como visto, o problema do constitucionalismo abusivo pode estar envolvido com a ausência de deliberação da corte constitucional.

Nessa seara, Zaiden e Estorilio (2017) questionam como construir deliberação em um ambiente em que ela, quando ocorre, parece apontar para estratégias de um contínuo rearranjo de forças entre os poderes, cumulativamente a barganha política e, não para a defesa do constitucionalismo propriamente. Uma vez que:

A deliberação funcionaria, portanto, como um filtro legitimador do processo decisório. Decisões altamente contrárias a precedentes sem apontar fortes fundamentos para a alteração do entendimento da Corte tendem a ter maior dificuldade de manutenção. Nessas circunstâncias, afinal, haverá algum sujeito ou instituição que romperá com seu teor ou questionará seu procedimento até reformá-lo. Com isto, toda decisão é potencialmente democrática, na medida em que se sujeita ao foro de debates. Por mais ambíguo que isto possa parecer, levando em conta o cunho contramajoritário esperado do judiciário, ele autor reproduz o procedimento deliberativo circularmente. Há, por isso, de se enfatizar que o perfil deliberativo não significa vincular decisões judiciais ao majoritarismo político, pela obviedade de que assim se ofenderia o próprio constitucionalismo no seu papel de guardião da democracia – tensão, aliás, admitida pela democracia deliberativa. Trata-se apenas de otimizar o processo democrático com vistas ao valioso procedimento do debate, procurando o melhor acerto nas decisões finais.

Tem-se, assim, uma proposta que amplia a complexidade sobre a velha problemática sobre qual é ou deve ser a resposta correta conforme a

---

<sup>184</sup> REVERBEL, Carlos. **How to Save a Constitutional Democracy | Conference with Tom Ginsburg**. Supreme Court Appointments. Porto Alegre, 2021. 1 vídeo (73 min). Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=3LuHTzL\\_eec](https://www.youtube.com/watch?v=3LuHTzL_eec). Acesso em: 5 mar. 2024.

Constituição e a quem cabe proferi-la. (BENVINDO; ESTORILIO, 2017, p. 186)<sup>185</sup>

O individualismo no STF provoca inevitavelmente a demanda pelos interessados em que a decisão vá para discussão do plenário, especialmente quando se trata de uma mudança de entendimento, que em tese se chamaria de mutação constitucional, quando devidamente fundamentada em argumentos jurídicos que considerem os fenômenos sociais, políticos, históricos e econômicos albergados pela discussão.

Em contrapartida, quando essa fundamentação não ocorre e se verifica uma estratégia para a sincronidade, ou seletividade, está iminente a potencialidade de uma decisão que pode ser considerada como precursora do constitucionalismo abusivo.

Ademais, Estorilio e Zaiden (2017) afirmam que a simples deliberação também pode apresentar riscos ao constitucionalismo, pois:

Pensar a deliberação como característica fundamental de coerência e legitimidade decisória deve, portanto, ser reconhecido como uma característica necessária do constitucionalismo democrático. Todavia, é fundamental não perder de vista que a própria deliberação apresenta profundas fragilidades a depender do comportamento estratégico dos agentes e das instituições. É necessário, assim, reconhecer, para além de perspectivas normativas que apontam para as condições da deliberação, como as interações entre os agentes e as instituições, embora aparentemente resultado de deliberação, podem sinalizar, ao contrário, formas de subversão do constitucionalismo. A ênfase no constitucionalismo abusivo alerta, portanto, para maior compreensão desses movimentos implícitos, mas que impactam a realidade constitucional e enfraquecem a expectativa de legitimidade democrática das decisões. (BENVINDO; ESTORILIO, 2017, p. 186-187)<sup>186</sup>

Se não fosse o bastante:

Visualiza-se, assim, os riscos para a função deliberativa. Na medida em que a justificação perde em coerência e se volta para a afirmação de interesses implícitos, embora maquiada de uma pretensa racionalidade técnica, não há, efetivamente, deliberação, mas, sim, um modo de praticar o constitucionalismo abusivo.

---

<sup>185</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer XVIII**, 2017, n. 1, p. 186. Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/23077-1442-5-30.pdf>, Acesso em: 10 jun. 2023.

<sup>186</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer XVIII**, 2017, n. 1, p. 186-187. Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/23077-1442-5-30.pdf>, Acesso em: 10 jun. 2023.

Por isso, simplesmente afirmar a importância da deliberação sem atentar para esses processos que a transformam em um argumento estratégico de barganhas diz pouco da complexidade das interações intra e interinstitucionais em sistemas complexos do constitucionalismo contemporâneo. (BENVINDO; ESTORILIO, 2017, p. 188)<sup>187</sup>

Como observado, a interpretação constitucional, por vezes, é ajustada de acordo com o populismo constitucional, de tal forma que se visa acolher o resultado esperado pelo interesse envolvido. Assim, a lei, a jurisprudência e a doutrina são distorcidas para atender a pressões políticas, sejam elas do Governo ou das elites que, frequentemente, têm acesso privilegiado à Justiça Constitucional e, portanto, enfrentam conflitos com grande amplitude. Logo, em um certo constitucionalismo seletivo, como aponta Lunardi, há uma clara distorção no uso do mecanismo da revisão judicial que acaba por ser amplificada em muito pelo grande poder individual que cada Ministro do STF tem no sistema brasileiro. (CAPANO, 2020, p. 122-123)<sup>188</sup>

[...] não é possível deparar-se com soluções muito distintas para casos bastante análogos, em curto lapso temporal. Quando isto ocorre, é de se pressupor que o STF considerou, para além da análise racional do caso, fatores outros como, o contexto político, a posição do Ministro-relator, as pressões populares e outras variáveis que, em última ratio, revelam o intrincado jogo político-estratégico que está a tomar o ambiente decisional da nossa Corte Suprema, em evidente sacrifício do próprio direito constitucional. Atuar de maneira circunstancial, oscilando por demais o lastro jurídico das decisões conforme o caso, é 'fulanizar' os julgamentos, em verdadeira prática do constitucionalismo abusivo [...]. (CAPANO, 2020, p. 185-186)<sup>189</sup>

Como observa Fernando Fabiani Capano (2020), acompanhando por Fabricio Lunardi (2023) na ideia de que soluções muito distintas para casos semelhantes em

<sup>187</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer XVIII**, 2017, n. 1, p. 188. Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/23077-1442-5-30.pdf>, Acesso em: 10 jun. 2023.

<sup>188</sup> CAPANO, Fernando Fabiani. **Tensão na República: Aspectos e caracteres ritualísticos do STF como elementos tensores no cenário político brasileiro – proposta de aperfeiçoamento do design normativo-institucional do Supremo para uma melhor calibragem na balança de forças entre os Poderes**; FERNANDO FABIANI CAPANO ; Orientadora Monica Herman Salem Caggiano - São Paulo, 2020, p. 122-123. Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020. Disponível em: <https://gredos.usal.es/handle/10366/151043>. Acesso em: 10 fev. 2024.

<sup>189</sup> CAPANO, Fernando Fabiani. **Tensão na República: Aspectos e caracteres ritualísticos do STF como elementos tensores no cenário político brasileiro – proposta de aperfeiçoamento do design normativo-institucional do Supremo para uma melhor calibragem na balança de forças entre os Poderes**; FERNANDO FABIANI CAPANO ; Orientadora Monica Herman Salem Caggiano - São Paulo, 2020, p. 185-186. Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020. Disponível em: <https://gredos.usal.es/handle/10366/151043>. Acesso em: 10 fev. 2024.

curto espaço de tempo na verdade é a “fulanização” do processo constitucional, que implica em uma atuação circunstancial proposital, além de gerar a insegurança jurídica, demonstra uma seletividade e isso piora quando se cuida de decisões monocráticas, as quais impactam nos predicados da democracia, como a própria separação dos poderes.

## 5 CONCLUSÃO

O objeto central da pesquisa foi explorar o uso e a pertinência da abordagem conceitual do fenômeno constitucionalismo abusivo para a doutrina, portanto, não houve aprofundamento em temas como as variadas abordagens sobre as variações do constitucionalismo ou as possíveis soluções propostas para conter o constitucionalismo abusivo, pois o foco voltou-se em entender o conceito e verificar suas lacunas mediante tarefa exploratória que demandou alinhamento lógico em questões teóricas centrais de como é o constitucionalismo abusivo, os empréstimos constitucionais abusivos e a revisão judicial abusiva como espécie desses e desdobramentos conceituais.

Evidente que, ao delimitar o estudo nessas questões, outros desdobramentos relevantes não puderam ser acolhidos para tornar exequível e qualificado o direcionamento teórico proposto.

Diante disso, no capítulo primeiro se assentou que o constitucionalismo abusivo é um conceito relativamente novo na doutrina do direito constitucional comparado, tendo suas raízes em 2013 com a publicação de David Landau, intitulada *Abusive Constitutionalism* e veiculada no periódico *University of California Davis Law Review*. Momento o qual o uso do conceito era direcionado para a mudança constitucional formal, sendo que Landau visava desenvolver o conceito de forma descritiva e já previa sua possível expansão para a via da mudança constitucional informal em trabalhos futuros.

Como resultado desta etapa, considerando o escopo bibliográfico explorado, não se verificou contestações sobre a origem da nomenclatura conceitual cunhada por David Landau, que embora seja nova, é clara a ideia de que os fenômenos aos quais ela visa identificar já existiam e eram observados pela doutrina com outras óticas

conceituais, mais abrangentes ou mais restritivas, tais como: a erosão democrática, o *democratic backsliding*, o constitucionalismo autoritário, dentre outras.

Nesse quesito, foi pertinente evidenciar que a erosão democrática é um fenômeno mais amplo que o constitucionalismo abusivo, visto que ela pode ocorrer por fatores que não dependem necessariamente da mudança constitucional formal e/ou informal, pois pode surgir externamente as instituições de poder, como, por exemplo, os movimentos nacionalistas, os ataques às cortes, a liberdade de expressão, a deterioração da qualidade das eleições, o populismo negativo, a disseminação de fake news, enfim, um complexo abrangente de ações, segundo Martin Loughlin.

Logo, a corrente acertada sobre essa discussão é a conclusão de Magalhães, Ferreira e Vera Karam ao afirmarem que, na verdade, o constitucionalismo abusivo pode ser visto como uma espécie dentro do gênero erosão democrática.

Não obstante, foi brevemente discutido o conceito de constitucionalismo autoritário, inferindo-se que não é adequado que ele seja visto como sinônimo do constitucionalismo abusivo. Não se afastou a tese de que existem similaridades, sendo uma delas o fato de que os pretendentes autoritários agem de má-fé visando se manter no poder e capturar outras instituições de poder. Por outro lado, verificou-se que o fenômeno do constitucionalismo autoritário ocorre em regimes não totalmente democráticos, enquanto o constitucionalismo abusivo pode ocorrer tanto em regimes autoritários, híbridos ou democráticos.

Compreender essas distinções se fez relevante para a verificação do quadro geral de aplicação do constitucionalismo abusivo e dar luz a uma das preocupações sobre o uso do conceito veiculadas por Tushnet, que é o cuidado com a generalização conceitual do instituto. Justamente por essa preocupação, ao se passar a verificação do uso do constitucionalismo abusivo pela doutrina brasileira, foi necessário delimitar consideravelmente as fontes bibliográficas, uma vez que a redundância e o excesso de generalização prejudicaria os pontos qualitativos da discussão aqui apresentada, como, por exemplo, a identificação de conduta dolosa em minar os predicados do constitucionalismo ou o “núcleo mínimo” democrático, o que se confirmou por Landau e Dixon (2021) após as considerações de Tushnet (2021) e Levinson (2021).

Então, foi delimitado o conceito e a sua incidência, para perceber que a doutrina qualificada que identifica lideranças autoritárias que buscam o poder ou sua manutenção às custas da democracia é no sentido de que tais ações se intensificaram

nos últimos anos, especificamente a partir de 1960. Como consequência, resultou em uso subversivo dos valores e mecanismos fundamentais da democracia constitucional para a implementação ou manutenção de projetos de poder concentrado.

Constatou-se também, que essas atividades se desenvolvem atacando sorrateiramente os pilares da democracia constitucional com ações que passam muitas vezes despercebidas pelas instituições de controle. Essa é uma afirmação que está albergada ao longo da dissertação em excertos de David Landau, Rosalind Dixon, Tom Ginsburg, Sanford Levinson e Mark Tushnet.

O cenário dramático evidenciado pelos autores acima é lastreado em reiteradas pesquisas de ampla amostragem e de contexto sobre comportamentos que prejudicam a democracia constitucional em sua essência, minando intencionalmente os direitos humanos, as proteções das minorias, o direito de voto, a independência judicial, o processo eleitoral e o princípio majoritário.

Ações subversivas que ocorrem pela via da mudança constitucional formal e informal.

Ainda, constatou-se que essas situações problemáticas contra o conteúdo mínimo da democracia constitucional foram verificadas em várias partes do planeta, sendo alguns exemplos lançados por Landau e Dixon abordados na dissertação, tais como Brasil, Bolívia, Colômbia, Venezuela, Equador, Hungria, Polônia, Fiji e Tailândia.

Desses casos percebeu-se que as regras formais incorporadas nas constituições costumam ser fracas e até mesmo as regras fortes podem ser capturadas em um número relevante de circunstâncias.

O capítulo segundo direcionou-se ao estudo dos empréstimos constitucionais abusivos, onde foi possível perceber que esse conceito é eminentemente aplicado a migração de ideias constitucionais, sendo o constitucionalismo abusivo operado com base em normas constitucionais, doutrinas e decisões judiciais de sistemas jurídicos diversos para serem aplicados em um sistema diferente no âmbito da mudança constitucional formal e informal.

Esse conceito é inicialmente explorado no livro *Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy* publicado em 2021 e escrito por Rosalind Dixon e David Landau, contendo uma vasta gama de exemplos, sendo que na análise conceitual do uso e pertinência dos empréstimos constitucionais abusivos, a presente dissertação delimitou seu olhar ao conceito geral

e as quatro formas como ele se manifesta, uma vez que toda a abrangência do livro traz várias inovações dignas de extensos trabalhos e tentar enfrentar todas tornaria inexecutável a empreitada teórica em nível de mestrado.

Com efeito, Landau e Dixon identificam os empréstimos abusivos em dois componentes principais: primeiro, identificar alterações constitucionais que, tomadas isoladamente ou em combinação com outras alterações paralelas ou subsequentes, têm um efeito material adverso no “núcleo mínimo” da legislação constitucional democrática; e em segundo lugar, centram-se nas formas como os conceitos ou normas democráticas liberais são usados como inspiração ou justificação para estas mudanças.

Nessa seara, reconhecem que toda forma de empréstimo constitucional envolve adaptações, mas o cerne dos empréstimos abusivos é que envolvem formas que são radicalmente superficiais, seletivas, sem contexto ou anti-intencionais (anti-propósito) por natureza, justamente com o elemento volitivo doloso em impactar negativamente nas características básicas do sistema democrático.

Então, entendeu-se que a mudança constitucional abusiva é a manipulação intencional da constituição para corroer instituições e processos democráticos. Isso pode ocorrer, segundo Landau e Dixon, de quatro formas: 1) Empréstimo simulado ao adotar formas democráticas (por exemplo, eleições, imprensa livre) sem substância, criando efetivamente uma fachada; 2) Empréstimo seletivo, ao escolher apenas aspectos convenientes dos sistemas democráticos, ignorando os princípios fundamentais que fazem esses aspectos funcionarem; 3) Empréstimo sem contexto, ao implementar mecanismos democráticos sem considerar o contexto e as necessidades específicas do país, o que leva à disfunção e 4) Empréstimo anti-propósito (anti-intencionais), ao usar ferramentas democráticas para alcançar resultados antidemocráticos, como consolidar e manter o poder nas mãos de alguns.

Isso posto, ao se explorar o uso dessas quatro formas (subespécies conceituais), verificou-se que a mudança constitucional abusiva pode ter graves consequências para a democracia, como, por exemplo, subverter a soberania popular, violar a separação dos poderes de instituições independentes, como judiciários e legislativos enfraquecidos ou capturados, silenciar a dissidência limitando as vozes da oposição ou excluindo da competição política, enfim, manipular intencionalmente o sistema de mudança constitucional para a manutenção do poder.

Portanto, constatou-se também, que o uso e a pertinência desse conceito é reconhecido como importante no direito constitucional comparado por Ran Hirschl e Tom Ginsburg, e em certa medida por Levinson, Tushnet e Gargarella.

Ressalta-se, porém, que Tushnet e Levinson se mostraram preocupados com as generalizações do uso conceitual, afirmando que as coisas nem sempre são como supostamente são, e as lições ensinadas pelo “constitucionalismo comparativo” podem, nas mãos erradas, tornar-se uma fonte de grande mal em vez de esclarecimento baseado nas “melhores práticas”.

Com efeito, Levinson e Tushnet alertam para o risco de banalizar o conceito. Afirmam que nem toda infração ou inconstitucionalidade configura abuso e o elemento da má-fé deve ser cuidadosamente estudado.

Não obstante, Gargarella vai além e apresenta críticas nos seguintes pontos, questiona como identificar a má-fé dos governantes, pois é difícil de se perceber, também entende ser desnecessária a divisão conceitual, visto que o constitucionalismo abusivo e os empréstimos constitucionais abusivos, podem parecer distintos, mas, na verdade, são a mesma coisa.

Ademais, Levinson e Tushnet apresentam preocupações no sentido de que os empréstimos constitucionais podem objetivar a concentração e perpetuação do poder, mas podem não vislumbrar isso também, uma vez que agendas revolucionárias arriscam ser interpretadas como fenômenos abusivos sem ser. Ainda, Levinson e Tushnet criticam a ideia de empréstimos abusivos aplicada ao poder constituinte originário, uma vez que é ilimitado e incondicionado, daí questionam que então qualquer reforma neste ponto tem potencial de ser abusiva se seguir a lógica abstrata de violação do conteúdo mínimo da democracia constitucional.

Se não fosse o bastante, Tushnet também critica as generalizações de situações colocadas como abusivas por Landau e Dixon quando baseadas em limitada doutrina nacional do país objeto de estudo, afirmando que, na verdade, as fontes de pesquisa sobre aquele “abuso” perigam ser seletivas e enviesadas. Assim, questiona a dificuldade de ter qualidade científica em certos contextos avaliando só o ato, pois é preciso ver as variáveis políticas, sociais, históricas e culturais em atenção ao método de pesquisa contextual a fim de ter chance de vislumbrar e identificar a má-fé na situação.

Sob tal ótica, tem-se que as principais críticas quanto ao uso e a pertinência do conceito recaem na generalização, ausência de pertinência na nomenclatura, falta de contexto e dificuldade de constatar a má-fé dolosa.

Verificando-se, portanto, que são preocupações essencialmente de rigor metodológico (evitar generalizações e afirmações contextuais desprovidas de variáveis de contexto) que vão determinar se a situação estudada é classificada como abusiva ou não.

Logo, ao invés da doutrina simplesmente aplicar a categoria de "constitucionalismo abusivo" a qualquer deficiência democrática, é necessário um exame cuidadoso das questões acima citadas para determinar se a situação ameaça realmente o "núcleo mínimo" da democracia constitucional.

Nessa perspectiva, Levinson reconhece que o direito comparado é uma ferramenta valiosa para o desenvolvimento do direito. No entanto, pondera que seu uso deve ser feito com cautela e sob constante avaliação crítica.

Finalmente, após essas considerações mais amplas do uso e da pertinência do conceito, chega-se no terceiro e último capítulo para estudar a revisão judicial abusiva.

Quando foi possível verificar, com base em Landau e Dixon, que o constitucionalismo abusivo e os empréstimos constitucionais abusivos na atuação do poder judiciário pode se dar como uma estratégia de regime quando atores autoritários capturam tribunais. Com elevada atenção, nesse caso, ao papel fundamental que os tribunais por vezes desempenham na promoção de projetos antidemocráticos.

Então, constatou-se que geralmente a revisão judicial abusiva faz parte de uma estratégia mais ampla adotada pelo regime para promover mudanças constitucionais antidemocráticas, que incluem uma variedade de ferramentas formais e informais.

Consequentemente, assentou-se a ideia que, na atuação abusiva, as funções específicas desempenhadas pelos tribunais minam a ordem democrática, em vez de simplesmente redistribuir o poder dentro dela. Outra questão relevante apontada é que os juízes que realizam revisão judicial abusiva muitas vezes não estão apenas alinhados ideologicamente com o regime político, por vezes foram capturados ou intimidados, por ações como, por exemplo, o *court-packing* com mudanças no

tamanho da corte, perseguição e remoção de juízes, cortes orçamentários, recusa de cumprimento de decisões, criação de normas para ampliar as sanções e restrições a jurisdição, enfim, técnicas utilizadas para cooptar tribunais. Essas medidas para assumir o controle dos tribunais podem ser agressivas porque as recompensas desse controle são especialmente altas.

Constatou-se ainda, que a revisão judicial abusiva fraca ocorre quando o tribunal deixa de enfrentar um desafio constitucional frente normas flagrantemente inconstitucionais que violam o conteúdo mínimo democrático e chegam a ser questionadas na corte, esta modalidade de deferência proposital pode trazer elevado impacto na concentração e manutenção do poder.

Por outro lado, a revisão judicial abusiva forte ocorre quando o tribunal atua ativamente na derrubada de normas que restringem o poder da liderança autoritária ou com o objetivo de afastar pretensões da oposição ao regime. Isso pode ocorrer com a exclusão de um partido de oposição das eleições, com a derrubada de normas que enfraquecem a manutenção do poder ou da agenda do regime.

Não obstante, entendeu-se que tanto a forma fraca como a forte precisam do dolo específico para ser consideradas abusivas e observadas amplamente com outros fatores sociais, políticos e culturais, como observa Tushnet e, Dixon e Landau acompanham tal consideração, pois os tribunais também estão sujeitos a erros, e decisões apenas errôneas não necessariamente são abusivas por si ou por captura.

Nesse escopo judicial, já com um olhar do fenômeno constitucionalismo abusivo aplicado ao sistema brasileiro, percebeu-se que o tema foi objeto de várias publicações pela doutrina nacional ao questionar comportamentos e decisões do STF em sua atuação como Corte Constitucional.

Em tal perspectiva, muitos casos envolvendo políticos do país foram citados como hipóteses de constitucionalismo abusivo, porém, com objetivo qualitativo, a dissertação citou diretamente apenas dois, a Ação Cautelar nº 4070 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402.

Esses dois casos foram utilizados como exemplos, em tese, de constitucionalismo abusivo pela atuação em sincronicidade, viés seletivo e individualista da Suprema Corte do Brasil, essa foi a posição dos marcos teóricos com base em uma análise coerente e cristalina para demonstrar a subsunção na sincronicidade entre instituições no jogo do poder, o caráter seletivo com a tomada de

decisão distinta para casos bem parecidos do ponto de vista jurídico e o impacto da atuação do ministro relator no desdobramento das ações constitucionais.

Sugeriu-se, em tese, que o STF agiu com interesses institucionais e políticos nesses casos e com isso, se afastou de uma argumentação jurídica e promoveu insegurança jurídica ao violar o âmago dos valores da democracia constitucional previstos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88).

A luz de tais considerações sobre os casos concretos a partir de uma análise exploratória teórica cumulada a uma reflexão sobre os apontamentos gerais de Tushnet (2021) e Levinson (2021) quanto aos requisitos para o uso do conceito, conclui-se que os artigos nacionais que afirmam o constitucionalismo abusivo nesses dois casos não conseguiram provar seguramente a má-fé dolosa da Corte, embora o contexto social, político e cultural seja favorável ao acolhimento da tese do abuso.

Finalmente, tem-se que o conceito de constitucionalismo abusivo está consolidado em seu uso aplicado aos poderes executivo, legislativo e judiciário, tanto em âmbito nacional (Brasil) com internacional (direito comparado).

Por outro lado, os empréstimos constitucionais abusivos, apresentam críticas teóricas conceituais, e no âmbito de aplicação a casos práticos, problemas de natureza metodológica e de conflitos com teoria do poder constituinte originário, que devem ser objeto de novos aprofundamentos para identificar uma maioria doutrinária sobre o uso e a pertinência.

## REFERÊNCIAS

ABEYRATNE, Rehan, Abusive Constitutional Borrowing: The Latest Legal Iteration of a Political Crisis (July 28, 2021). 12(2) **Journal of Indian Law and Society**, 104 (2021), **The Chinese University of Hong Kong Faculty of Law**, Research Paper No. 2022-08, p. 107. (tradução nossa). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3896082> Acesso em: 06 fev. de 2024.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Constitucionalismo**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/98/edicao-2/constitucionalismo> Acesso em: 20 fev. 2024.

BACHA E SILVA, D.; BARBOSA QUINAUD PEDRON, F. HIPERPRESIDENCIALISMO, CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO E NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: UMA LEITURA DE TEORIA CONSTITUCIONAL LATINO-AMERICANA. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [S. l.], v. 27, n. 2, p. 264–292, 2022. DOI: 10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v27i21872. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1872>. Acesso em: 26 mai. 2023.

BARBOZA, E. M. Q.; FILHO, I. N. R. Constitucionalismo Abusivo: Fundamentos Teóricos e Análise da sua Utilização no Brasil Contemporâneo. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, [S. l.], v. 12, n. 39, p. 79–97, 2019, p. 87. DOI: 10.30899/dfj.v12i39.641. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/641>. Acesso em: 10 fev. 2024.

BENÍTEZ-R., Vicente F.; GERMÁN, González Herrera. El Rol De Las Cortes Y La Protección De La Democracia: Una Aproximación Desde Regímenes Transicionales (The Role of the Courts Sustaining Democracy: An Approach from Transitional Regimes) (2016). **REVISTA DERECHO DEL ESTADO**, No. 36, enero-junio de 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2817370>. Acesso em: 10 fev. 2024

BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer XVIII**, 2017, n. 1. Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/23077-1442-5-30.pdf>, Acesso em: 10 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Cautelar n.º 4070**. Referendo. Relator: Ministro Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Julgado em 5/5/2016, DJe-225, publicado. 21/10/2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11899283> Acesso em 10 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4425 / DF**. Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Redator(a) do acórdão: Min. LUIZ FUX,

Julgamento: 14/03/2013, Publicação: 19/12/2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5067184> Acesso em 10 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402 / DF**. REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. Relator(a): MARCÓ AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 07-12-2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-177 DIVULG 28-08-2018 PUBLIC 29-08-2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748070923> Acesso em: 10 mar. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 2 mar. 2024.

CAPANO, Fernando Fabiani. **Tensão na República: Aspectos e caracteres ritualísticos do STF como elementos tensores no cenário político brasileiro – proposta de aperfeiçoamento do design normativo-institucional do Supremo para uma melhor calibragem na balança de forças entre os Poderes**; FERNANDO FABIANI CAPANO ; Orientadora Monica Herman Salem Caggiano - São Paulo, 2020, Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020. Disponível em: <https://gredos.usal.es/handle/10366/151043>. Acesso em: 10 fev. 2024.

COSTA, Luciana da S. **A revisitação do princípio da separação de poderes: dialogicidade e tensão como elementos conformadores da identidade constitucional brasileira**. 2014. Tese (doutorado). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

CHUEIRI, V. K. de; GODOY, M. G. . **Constitucionalismo e democracia, soberania e poder constituinte**. Revista Direito GV, v. 6, p. 164, 2010. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24214/22987>. Acesso em: 13 jun. 2024.

DE LARA, G. D.; DE CHUEIRI, V. K. RAMO RECONSTRUTIVO, MINICONSTITUIÇÕES E BYPASSES INSTITUCIONAIS:: ESTRATÉGIAS CONTRA O CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO. REI - **REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, [S. l.], v. 9, n. 1, p. 241–263, 2023, DOI: 10.21783/rei.v9i1.717. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/717>. Acesso em: 10 fev. 2024.

DIXON, Rosalind; LANDAU, David. Abusive Constitutional Borrowing: A Reply to Commentators. **Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law**, Volume 7, nº 1, 2021, pp. 49-80. Disponível em: [https://www.cjcl.ca/wp-content/uploads/2021/05/5-Dixon\\_-\\_Landau.pdf](https://www.cjcl.ca/wp-content/uploads/2021/05/5-Dixon_-_Landau.pdf) Acesso em 29 fev. 2024.

DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy** (Oxford, 2021; online edn, Oxford Academic, 19 Aug. 2021). Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192893765.001.0001>, Acesso em: 27 mai. 2023.

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP-USP. **Painel 1 - XXVIII Encontro Nacional de Direito Constitucional - 19/09/2019**. Ribeirão Preto, 2019. 1 vídeo (77 min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=p9awgFhGOSQ&t=2725s>. Acesso em: 5 set. 2023.

FERREIRA FILHO, Manoel G. **Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro / Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

FONTANA, David. The Rise and Fall of Comparative Constitutional Law in the Postwar Era (January 31, 2011). **Yale Journal of International Law**, Vol. 36, p. 1, 2011. Disponível em: [https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1628&context=faculty\\_publications](https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1628&context=faculty_publications) Acesso em: 28 fev. 2024.

FRANKENBERG, Günter. Comparing Constitutions: Ideas, Ideals, and Ideology: Toward a Layered Narrative. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 4 (3), 2006.

GARGARELLA, Roberto. On "Abusive Constitutional Borrowing: Some conceptual problem (Part I)", **IberICONnect**, 20 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://www.ibericonnect.blog/2022/01/sobre-abusive-constitutional-borrowing-algunos-problemas-conceptuales-parte-i/> Acesso em 29 fev. 2024.

GARGARELLA, Roberto. On "Abusive Constitutional Borrowing: Some conceptual problem (Part II)", **IberICONnect**, 21 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://www.ibericonnect.blog/2022/01/sobre-abusive-empréstimo-constitucional-de-alguns-problemas-conceituais-parte-ii/> Acesso em 29 fev. 2024.

GASPARDO, Murilo. DEMOCRATIC TRADITIONS AND NEW MODELS OF DEMOCRACY. **Revista Acadêmica Faculdade de Direito do Recife**, ISSN: 1980-3087. Volume 87, número 1, jan/jun. 2015.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa/Antônio Carlos Gil**. - 4. ed. - São Paulo :Atlas, 2002.

GINSBURG, Tom. Review of Dixon and Landau's Abusive Constitutional Borrowing. **Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law**, Volume 7, nº 1, 2021, pp. 1-5. Disponível em: <https://www.cjcl.ca/wp-content/uploads/2021/05/1-Ginsburg.pdf> Acesso em 29 fev. 2024.

HIRSCHL, Ran. Abusive Constitutional Borrowing as a Form Politics by Other Means. **Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law**, Volume 7, nº 1, 2021, pp. 6-14. Disponível em: <https://www.cjcl.ca/wp-content/uploads/2021/05/2-Hirschl.pdf> Acesso em 29 fev. 2024.

HIRSCHL, Ran. **Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law**. First edition. Oxford: Oxford University Press, 2014.

ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile Democracies: Contested Power in the Era of Constitutional Courts**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

JACKSON, Vicki C. **Comparative Constitutional Law: Methodologies**, in ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press, 2012.

LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **U.C. Davis Law Review**, v. 47, n. 189, 2013. Disponível em: [https://lawreview.law.ucdavis.edu/sites/g/files/dgvnsk15026/files/media/documents/47-1\\_Landau.pdf](https://lawreview.law.ucdavis.edu/sites/g/files/dgvnsk15026/files/media/documents/47-1_Landau.pdf) Acesso em: 10 dez. 2023.

LANDAU, David; DIXON, Rosalind. Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy (April 1, 2019). 53 **U.C. Davis Law Review** 1313 (2020), FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 907. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3366602> Acesso em: 28 fev. 2024.

LANDAU, David. Constitucionalismo abusivo. (Traduzido por: Ulisses Levy Silvério dos Reis e Rafael Lamera Giesta Cabral). **REJUR - Revista Jurídica da UFERSA**, Mossoró, v. 4, n. 7, jan./jun. 2020, p. 17-71, ISSN 2526-9488.

LAW, David S.; VERSTEEG, Mila. The Declining Influence of the United States Constitution (May 26, 2012). **New York University Law Review**, Vol. 87, No. 3, pp. 762-858, June 2012, Washington University in St. Louis Legal Studies Research Paper No. 11-09-01, Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2011-39. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1923556>. Acesso em 27 fev. 2024.

LAWSON, Stephanie. Indigenous Nationalism, “Ethnic Democracy,” and the Prospects for a Liberal Constitutional Order in Fiji. **Nationalism and Ethnic Politics**, 2012, 18:3, 293-315, DOI: 10.1080/13537113.2012.707495.

LEVINSON, Sanford. Assessing “Abusive Constitutionalism” in a Complex Political Universe. **Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law**, Volume 7, nº 1, 2021, pp. 14-22. Disponível em: <https://www.cjcl.ca/wp-content/uploads/2021/05/3-Levinson.pdf> Acesso em 29 fev. 2024.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. 1 ed. São Paulo: Zahar, 2018.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de La Constitución**. Barcelona: Ariel, 1986. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5572739/mod\\_resource/content/1/%5BLoewenstein%20-%20Teori%CC%81a%20de%20la%20Constitucio%CC%81n.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5572739/mod_resource/content/1/%5BLoewenstein%20-%20Teori%CC%81a%20de%20la%20Constitucio%CC%81n.pdf) Acesso em: 24 jan. 2024.

LOUGHLIN, Martin. The Contemporary Crisis of Constitutional Democracy. **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 39, No. 2, 2019, pp. 435-437. Disponível em: <http://www.lse.ac.uk/law/Assets/Documents/martin-loughlin/Crisis-of-con-dem-OJLS.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2023.

LUNARDI, Fabrício Castagna. Constitucionalismo abusivo e fulanização de julgamentos: os problemas da atuação circunstancial de uma Corte Constitucional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 10, n. 2, e241, maio/ago. 2023. DOI: 10.5380/rinc.v10i2.86788. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/e241/51342>. Acesso em: 10 fev. 2024.

MAGALHÃES, Breno Baía; FERREIRA, Dayanne Pinto. Com quantos golpes se faz uma crise constitucional no Brasil? Constitucionalismo abusivo, estresse constitucional e juridicidade constitucional. **Rev. Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, Vol. 13, N.04, 2022. DOI: 10.1590/2179-8966/2021/56229. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/q3vy4vcKK5dpxLLY6L3cLtb/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 10 fev. 2024.

MARTINS, F. Constitucionalismo abusivo: realidade, perspectivas e propostas para uma possível limitação. **Católica Law Review**, v. 3, n. 1, p. 29-41, 1 jan. 2019.

MATTOS DE ARAGÃO, S.; DE LIMA PACK, E. W.; MAGGIO, M. P. COVID-19 COMO IMPULSIONADORA DO CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO. **Direito Público**, [S. l.], v. 17, n. 94, 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4435>. Acesso em: 26 maio. 2023.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O espírito das leis / Montesquieu : apresentação: Renato Janine Ribeiro, tradução Cristina Murachco**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MONT'ALVERNE, Martonio; LEITÃO, Rômulo; SOUSA, Francisco Arlem de Queiroz. O Constitucionalismo abusivo do STF. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 28, n. 2, p. 206-228, 2023. DOI: 10.14210/nej.v28n2. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/19088>. Acesso em: 10 fev. 2024.

NIEMBRO, Roberto. Conceptualizing authoritarian constitutionalism. A Latin American view.", **Völkerrechtsblog**, 17 July 2017, DOI: 10.17176/20170717-082012.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. ATIVISMO JUDICIAL, AUTORESTRIÇÃO JUDICIAL E O "MINIMALISMO" DE CASS SUNSTEIN. **DIRITTO & DIRITTI**, v. 1, 2008.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causas e consequências. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, [S. l.], v. 16, n. 1, p. 183–216, 2015. DOI: 10.18759/rdgf.v16i1.642. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/642>. Acesso em: 27 fev. 2024.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. O caráter político da jurisdição constitucional: uma abordagem a partir de Carl Schmitt. Princípios: **Revista de Filosofia (UFRN)**, vol. 29, n. 60, 2022, pp. 163–189.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; MOURA, Suellen Patrícia. O MINIMALISMO JUDICIAL DE CASS SUNSTEIN E A RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 14, Jan.-Jun. pp. 238-263.

OLIVEIRA, Lucas Soares de. **O constitucionalismo abusivo na justiça constitucional brasileira: um diagnóstico sobre o abuso constitucional na prática do Supremo Tribunal Federal / Lucas Soares de Oliveira**. Orientador: Vidal Serrano Nunes Júnior. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós Graduated em Direito. - São Paulo: [s.n.], 2023.

POPPER, Karl Raimund. **Lógica das ciências sociais**. Tradução de Estevão de Rezende Martins. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

REVERBEL, Carlos. **How to Save a Constitutional Democracy | Conference with Tom Ginsburg**. Supreme Court Appointments. Porto Alegre, 2021. 1 vídeo (73 min). Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=3LuHTzL\\_eec](https://www.youtube.com/watch?v=3LuHTzL_eec). Acesso em: 5 mar. 2024.

ROZNAI, Yaniv; HOSTOVSKY BRANDES, Tamar. **Democratic Erosion, Populist Constitutionalism and the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine** (May 26, 2019). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3394412> Acesso em: 30 mai. 2023.

TUSHNET, Mark V., BUGARIČ, Bojan. **Power to the people: Constitutionalism in the Age of Populism / Mark Tushnet and Bojan Bugaric**. New York : Oxford University Press, 2021, ISBN 9780197606735 (epub) | ISBN 9780197606728.

TUSHNET, Mark V. Review of Dixon and Landau's Abusive Constitutional Borrowing. **Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law**, Volume 7, nº 1, 2021, pp. 23-48. Disponível em: <https://www.cjccl.ca/wp-content/uploads/2021/05/4-Tushnet.pdf> Acesso em 29 fev. 2024.

TUSHNET, Mark V. **Some Reflections on Method in Comparative Constitutional Law**. In: CHOUDHRY, Sujit (Org.). *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

TUSHNET, Mark V. Varieties of Constitutionalism. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 14, no. 1, January 2016. HeinOnline. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/injcl14&id=6> Acesso em: 06 fev. 2024.

TUSHNET, Mark V., Varieties of Constitutionalism (June 25, 2023). **Harvard Public Law Working Paper** No. 23-31. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4490965>  
Acesso em: 12 jun. 2024.