



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO E SUAS RELAÇÕES COM A DEMOCRACIA
BRASILEIRA

Luiz Felipe Barboza Domingues

Rio de Janeiro
2022

LUIZ FELIPE BARBOZA DOMINGUES

O CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO E SUAS RELAÇÕES COM A DEMOCRACIA
BRASILEIRA

Monografia apresentada como exigência para
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*
da Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro.

Orientador: Rafael Mario Iorio Filho

Coorientadora: Mônica Cavalieri Fetzner Areal

Rio de Janeiro
2022

LUIZ FELIPE BARBOZA DOMINGUES

O CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO E SUAS RELAÇÕES COM A DEMOCRACIA
BRASILEIRA

Monografia apresentada como exigência de conclusão de
Curso da Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovado em ____ de _____ de 2022. Grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Desembargador Claudio Brandão de Oliveira – Escola da Magistratura do Estado
do Rio de Janeiro – EMERJ.

Convidado: Prof. Marcelo Pereira de Almeida - Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro - EMERJ.

Orientador: Prof. Rafael Mário Iorio Filho – Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro – EMERJ

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A).

À vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus.

A Miquelina, Francisco e José Carlos, meus advogados celestiais.

A meus pais e irmão, pelo privilégio de tê-los em minha vida.

A Grace, por compartilharmos a mesma sorte durante esses três anos.

À Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, pelo amadurecimento jurídico e pelo legado indelével que levarei comigo.

Ao professor Rafael Iorio Filho, pela proficiente orientação deste trabalho.

À professora Mônica Areal, pela hercúlea tarefa de reunir competência, empatia e paciência na coorientação deste trabalho.

Ao corpo de funcionários da EMERJ, pela prestimosidade diária.

“Caminhante, não há caminho, o caminho se faz ao caminhar.”
Antonio Machado

SÍNTESE

O mundo não é o mesmo do século passado, mas as relações entre democracia e direito permanecem candentes. Surge um patente desconforto democrático sobretudo em diversos países do Ocidente. Antes, os golpes de Estado eram a principal ameaça à democracia; hoje, não mais. O Constitucionalismo Abusivo, que não é uma espécie de sistema constitucional, investe ocultamente contra as normas legítimas do cenário democrático, corrompendo-o. Diante disso, a essência do trabalho é demonstrar a incongruência do Constitucionalismo Abusivo com as noções de constitucionalismo e democracia. Expõe-se a dinâmica da relação desse fenômeno com o sistema constitucional brasileiro, à luz de breves concepções estrangeiras, para advertir a sociedade do mal-estar democrático do momento.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional; Democracia; Constitucionalismo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. OS SENTIDOS E OS DESAFIOS DO CONSTITUCIONALISMO OCIDENTAL	13
1.1. Os fundamentos e a polissemia do constitucionalismo ocidental	13
1.2. Desafios e horizontes	28
2. AS RELAÇÕES ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA	38
2.1. A aparente tensão com o constitucionalismo e os sentidos de democracia	38
2.2. Crise democrática?	52
3. O CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO E SUA RELAÇÃO COM O CENÁRIO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO PÓS-1988.....	68
3.1. O Constitucionalismo Abusivo	68
3.2. Análise do contexto brasileiro: está-se diante de um Constitucionalismo Abusivo?	82
CONCLUSÃO.....	95
REFERÊNCIAS	97

SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art. – Artigo

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

EC – Emenda Constitucional

EUA – Estados Unidos da América

STF – Supremo Tribunal Federal

TUE – Tratada da União Europeia

INTRODUÇÃO

Diante da constatação de certa insatisfação com o sistema político e seus níveis de representatividade, objetiva-se discutir acerca das relações entre constitucionalismo e democracia, bem como perscrutar a existência de um novo fator que surgiu para romper o salutar equilíbrio entre um e outro. Busca-se a confirmação de uma possível erosão democrática por meio do uso deturpado de mecanismos constitucionais que, a princípio, pode não ser identificada, mas sentida pelos cidadãos que apontam uma crise na Democracia Constitucional.

A História relata que o século XX foi palco de muitas disputas pelo poder; deveras um período democraticamente crítico em quase todo o mundo. Mais uma vez se aprendeu o que o autoritarismo é capaz de produzir, destacando-se as ditaduras militares na América Latina, bem como em partes da Europa, da África e da Ásia.

Diante disso, um método peculiar de conquista de poder chamou atenção dos estudiosos: o golpe de Estado. Ele é caracterizado por uma ruptura abrupta com a ordem constitucional/legal anterior, em que pode ser empregada força física. Assim, há a completa anulação democrática, por vezes acompanhada de dissolução do Congresso, de suspensão das eleições, de superconcentração de poderes na figura do ditador.

Com o fim da Guerra Fria, o mundo parecia tomar novos rumos, tendo em vista a restauração da ordem democrática no Brasil, na Argentina, em Portugal, na Espanha, na Itália, na Alemanha, na Hungria, na Polônia, na África do Sul, o que permite dizer que a democracia foi o regime político triunfante sobre o totalitarismo comunista e nazista e sobre o fascismo.

No entanto, estudiosos apontam que, hodiernamente, a democracia sofre um patente mal estar, como se vê em Colômbia, Venezuela, Hungria, Rússia. Eles, os estudiosos, apontam que há um novo método de “tomada de poder” que se esconde por detrás da ordem constitucional e, por ser aparentemente legítimo, corrói, de dentro para fora, os regimes políticos de diversos Estados. Tal fenômeno se convencionou chamar Constitucionalismo Abusivo.

No Brasil, já se começa a discuti-lo de forma incipiente, ainda que não pareça ser algo inédito na cultura jurídico-política brasileira. O termo “Constitucionalismo Abusivo” ganhou certa notoriedade após o julgamento da ADPF 622 e deve, paulatinamente, ganhar mais espaço no cenário jurídico nacional.

O trabalho é relevante principalmente por ser atual e vanguardeiro. Atual no sentido de ser abordado conceito que está vigendo e se realizando no presente, tomando forma na

realidade; vanguardeiro não no sentido de ser um trabalho propositivo e revolucionário, antes no simplório sentido de estar localizado na anteguarda da literatura a respeito do tema.

A importância também se funda nos pilares da “ciência” jurídica e nos de todo seu ordenamento: a democracia e o constitucionalismo. Detectar uma potencial ameaça ao regime democrático pós-88 e conhecer seu funcionamento é tema que movimenta não só o mundo jurídico, mas afeta o *modus vivendi* de toda sociedade pois é sobre esta que se projetam as relações de poder e onde se produzem os efeitos dele, poder, decorrentes.

A problemática que guia o enredo deste trabalho é o que os autores brasileiros vêm discutindo sobre tal categoria e sobre sua relação com o cenário democrático brasileiro pós-88. Antes disso, porém, mister que sejam elucidadas outras questões condutoras da linha de raciocínio, as quais almejam apontar quais são as relações do Constitucionalismo Abusivo com o regime democrático de modo geral. Pormenoriza-se as noções de constitucionalismo e democracia, para demonstrar que o Constitucionalismo Abusivo vai de encontro com elas.

Sendo assim, o primeiro capítulo visa firmar os principais significados e apontar alguns desafios contemporâneos do constitucionalismo.

O segundo capítulo pretende sondar a importância da democracia e delinear alguns significados que ainda hoje são importantes para compreender a ocidentalidade. Pondera-se também sobre a atual crise democrática, que se agrava em virtude do Constitucionalismo Abusivo.

O terceiro capítulo intenta definir a categoria do Constitucionalismo Abusivo, posicioná-lo historicamente e tecer considerações sobre suas ligações com o regime democrático de maneira geral. Por fim, demonstra-se como autores brasileiros enxergam a incidência do tema no contexto pátrio. Saber por meio de quais institutos ele se manifesta e se existem ou se existiram casos episódicos de Constitucionalismo Abusivo no Brasil são algumas implicações que são desenvolvidas.

O pesquisador se vale de uma abordagem mista de seu objeto. Em parte, a pesquisa é qualitativa, porque estuda um objeto sob o aspecto subjetivo, com base em marcos conceituais definidos (recorte epistemológico), situando-o historicamente e localizando-o espacialmente. Em parte, a pesquisa é exploratória pois intenta identificar um possível objeto de estudo que poderá ser alvo de pesquisas vindouras. Além disso, a pesquisa é eminentemente descritiva, visto que pretende descrever as características de um “novo” fenômeno por meio de levantamento bibliográfico em sítios (principalmente virtuais) de referência.

Desse modo, o pesquisador seleciona o campo significativo que se atrela a “Constitucionalismo Abusivo”, analisa a quais institutos a categoria está relacionada e traça a

sua conclusão sobre as diferentes percepções oferecidas na fase exploratória da pesquisa (artigos científicos, doutrina, jurisprudência).

1. OS SENTIDOS E OS DESAFIOS DO CONSTITUCIONALISMO OCIDENTAL

Assim como todo instituto ou categoria jurídica, o constitucionalismo sofreu os influxos das variáveis tempo e lugar. Entende-se por constitucionalismo, em breves linhas, a limitação jurídica do poder estatal por meio de sua sujeição à lei¹ (que, nesse contexto, pode ser entendida como Lei Maior, a própria Constituição), em favor da liberdade individual². Tal definição se tornou mais clara a partir da formação do Estado Moderno e chegou a seu ápice com a Revolução Francesa (1789). Mesmo que seus pilares fundamentais sejam tributários da Modernidade (de 1453 a 1789), traços de constitucionalismo podem ser esboçados na Antiguidade e na Medievalidade.

Num primeiro momento, este capítulo pretende delinear, sem a intenção de exauri-los, alguns sentidos conferidos à palavra constitucionalismo no contexto histórico, bem como expor os fundamentos do constitucionalismo contemporâneo. Nesse percurso, são indissociáveis a teoria e a filosofia da Constituição, uma vez que muitos significados de constitucionalismo envolvem discussões que descrevem o fenômeno constitucional ao mesmo tempo em que o justificam.

Num segundo momento, incursiona-se pelos principais desafios do constitucionalismo contemporâneo (atual), novamente com a envergadura compatível com o presente trabalho. Esses desafios devem ser compreendidos por uma ambivalência: podem antes significar que se tratam de novos horizontes, de processos de crescimento do Estado Constitucional; ou denotar espaços nos quais ele precisa se afirmar e evitar sua corrosão. Neste caso, o que se tem são situações que merecem atenção e cuidado por representarem algum risco ao constitucionalismo.

1.1. Os fundamentos e a polissemia do constitucionalismo ocidental

Como já se fez menção, a noção atual de constitucionalismo possui suas bases na Modernidade e está atrelada à noção de Constituição enquanto documento político que limita o poder do soberano. É também descrito como um movimento social, político e jurídico³. Desde antanho, relata-se a existência de uma Constituição “histórica”, que seria o conjunto fático de normas (escritas ou não) que desenhava o arranjo político-institucional de forças numa

¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 27.

² MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 39.

³ NEVES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de direito constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 42.

sociedade, ou seja, o seu modo de ser⁴. É por meio dessa ideia que se explica a noção de constitucionalismo antigo e medieval.

Essa noção de subjugação do Estado ao império da lei é chamada de princípio do governo limitado, oriunda das clássicas lições de Aristóteles, a qual, noção, foi recuperada na Medievalidade, readaptada na Modernidade e mantida na Contemporaneidade. Entretanto, o constitucionalismo não se confunde com a separação de poderes (princípio do governo misto), com o *reechsstaat* alemão⁵ nem com o *rule of law* inglês.⁶

Em iniciando com o constitucionalismo antigo, ele é normalmente desmembrado espacialmente para incluir Grécia antiga e Roma. Na cidade-Estado (*pólis*) Atenas vigorava o sistema de governo da Democracia Direta, por meio do qual os cidadãos se reuniam na *Ágora* para deliberar sobre os principais assuntos que tocavam à vida em sociedade. A organização política era chamada de *politeia*. Tratava-se antes de um conceito empírico, destituído de valor jurídico, que retratava um modelo ideal de sociedade a ser seguido, com vistas ao bem comum⁷.

Em síntese, no modelo grego havia uma separação de funções por meio de diversos órgãos⁸, mas, em razão de uma visão organicista de sociedade, não se discutia a contraposição de direitos individuais em desfavor do Estado. Isso porque a igualdade incluía apenas um restrito número de cidadãos atenienses, que gozavam de liberdade e *status* cívico, ao passo que excluía mulheres, escravos e estrangeiros.

Via-se em Aristóteles⁹ as primícias do governo limitado:

⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 53.

⁵ O *Reechsstaat* alemão pode ser traduzido como Estado de Direito. Essa forma de Estado predominou no século XIX e inicialmente esteve atrelada a uma concepção liberal de Estado, mas acabou se corrompendo para um conceito meramente formal que serviu de aparência de legitimidade (conformidade com o direito) para os regimes totalitários e autoritários do século XX. Em síntese, o Estado de Direito seria apenas a forma de se exercer o poder, por meio de leis, enquanto um fim em si. Isso não acarretava a sujeição estatal a nenhum direito individual, o qual seria apenas uma benesse do Estado. Não se importava com a finalidade, tampouco com o conteúdo das leis, que na verdade eram fruto da vontade do soberano, inclusive do Führer. C.f: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Traducción Marina Gascón. 9 ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 21-24. MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Diccionario de política*. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. 11. ed. V. 1. Brasília: Ed. UnB, 1998, p. 251-252.

⁶ MATTEUCCI, op. cit., p. 247-248.

⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 70.

⁸ A Assembleia do Povo (*Ecclesia*) era um dos órgãos que integrava o processo de feitura de leis. Além dela, os tribunais se encarregavam da administração da justiça e o Conselho (*Bulé*) concentrava a função administrativa. C.f: NÁRDIZ, Alfredo Ramírez. *Democracia participativa*. La democracia participativa como profundización en la democracia. Valencia: Tirant lo blanch, 2010, p. 19-30.

⁹ ARISTÓTELES. *A Política*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2021.

[...]Para que um Estado seja bem organizado politicamente, não basta que tenha boas leis, se não (*sic*) cuidar da sua execução. A submissão às leis existentes é a primeira parte de uma boa ordem; a segunda é o valor intrínseco das leis a que se está submetido.

A história de Roma, por sua vez, remonta a quatro períodos em que vigoravam diferentes formas de governo: a Realeza (754 a.C a 510 a.C); a República (510 a.C a 27 a.C); o Principado (27 a.C a 285 d.C); e o Dominato (285 a 565 d.C)¹⁰.

Na Realeza¹¹, a constituição política se dividia entre o Rei, o Senado e os Comícios. O Rei era o chefe de Estado, detinha o comando do exército e possuía amplos poderes administrativos. O Senado era o conselho do Rei e a ele se subordinava. Sua competência era ambivalente, sendo consultiva perante o Rei e confirmatória perante os Comícios, pois a validade de qualquer lei dependia de sua chancela. Já os Comícios eram uma assembleia convocada geralmente pelo Rei, na qual os patrícios se reuniam ao pé do monte Capitólio. Não havia deliberação, apenas se aprovava ou se rejeitava a proposta de quem os convocava.

Por conseguinte, na República¹², o poder de mando foi transferido para o Consulado, órgão colegiado que concentrava funções administrativas e judiciárias. O Senado, por sua vez, era órgão permanente que possuía ingerência na formação de leis. Por fim, os Comícios reuniam atribuições eleitorais, legislativas e judiciárias.

Nesse período já havia previsão de alguns direitos individuais estabelecidos em *lex publica*. Merece destaque a famosa Lei das XII Tábuas, fruto da insatisfação plebeia com os arbítrios dos magistrados patrícios.

Durante o Principado de Roma¹³, deu-se uma paulatina involução das funções exercidas pelas antigas instituições, sobre as quais pairava o poder do *princeps*. Na concepção de José Carlos Moreira Alves¹⁴, essa forma de governo apresentava dupla face: em Roma, era uma monarquia mitigada, em que o príncipe respeitava as instituições políticas da República; nas províncias (demais territórios atrelados ao poder da cidade-Estado), era uma monarquia absoluta pois o príncipe detinha poderes discricionários. Nessa época, todo ato do príncipe que criava direito, a reunião desses atos se chamava constituição imperial.

¹⁰ A propósito da história externa de Roma, c.f: ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 4-64, de onde se extraíram as noções desse período aqui expostas.

¹¹ *Ibidem*, p. 7-13.

¹² *Ibidem*, p. 15-29.

¹³ *Ibidem*, p. 31-42

¹⁴ *Ibidem*, p. 32.

Por último, no Dominato¹⁵, o império romano se organizava na forma de monarquia absoluta, com intensa burocratização administrativa. Nessa época, as antigas instituições republicanas desempenhavam funções ínfimas. Em consequência, as constituições imperiais ganharam maior importância enquanto fontes do direito. Vale mencionar a obra legislativa que ficou conhecida como *Corpus Iuris Civilis*, consentânea do imperador Justiniano, que compilou as constituições imperiais vigentes e uma espécie de manual escolar em um único código.

Após a queda do Império Romano, a Idade Média ficou marcada pela atomização do poder político, que se pulverizava em diversas instituições, como a Igreja, as corporações de ofício, e se dissipava pelos feudos. Desse modo, pouco se extrai a respeito de um constitucionalismo medieval, justamente em função dessa dispersão do poder político.

Apesar disso, Matteucci¹⁶ afirma que existia a apologia ao governo limitado pela lei sobretudo na esfera teológica e moral, em que membros da Igreja diziam ser o rei um representante de Deus na Terra. A justiça era feita segundo a lei, e não segundo a vontade do rei. Essa noção foi mais bem recepcionada na Inglaterra desde o século XIII e foi importante para particularizar o direito inglês.

Daí as bases para o *rule of law*, expressão cunhada no século XVII, para consolidar a igualdade dos cidadãos ingleses perante a lei ao mesmo tempo em que limitasse a atuação do governo. Matteucci¹⁷ afirma que a experiência cultural e política singular da Inglaterra¹⁸ desconhecia a figura do Estado, mas a de governo, que se dividia nas funções executiva e legislativa. Com isso, buscou-se a submissão do governo ao direito.

Tal submissão se deu em função da independência política dos juízes, que passaram a ser os guardiões do direito. O direito era formado não só pelas normas parlamentares, mas sobretudo pelos costumes inveterados e pelos princípios da *Common Law*. Os juízes faziam o controle das normas parlamentares à luz dos precedentes judiciais, os quais se imbuíam dos preceitos gerais da *Common Law*.¹⁹

Data do ano 1215 um importante acontecimento que serviria de legado ao constitucionalismo moderno, a elaboração da Magna Carta²⁰. Por intermédio desse documento,

¹⁵ Ibidem, p. 43-56.

¹⁶ MATTEUCCI, op. cit., p. 252-255.

¹⁷ Ibidem, p. 252.

¹⁸ Distinta da cultura continental que unificava Estado e direito – este enquanto produto daquele – a cultura inglesa afirmava a separação entre direito e governo, com a submissão deste àquele. Essa também é uma das diferenças entre o direito inglês e o romano, este que influenciou o sistema de governo francês. Ibidem.

¹⁹ Ibidem. Mais tarde, como se verá, o constitucionalismo inglês é marcado pela supremacia do Parlamento, mas a *Common Law* ainda exerce importante papel na autocontenção deste.

²⁰ A Magna Carta ou *Magna Charta* (no original em latim bárbaro) foi um documento firmado entre o Rei João I da Inglaterra, mais conhecido como Rei João Sem Terra, os barões ingleses e o alto clero. Por meio dela foi concedida uma série de direitos, tais como a proteção da propriedade privada contra confisco ou requisições

o rei se deparou com a limitação de seu próprio poder. No entanto, é crucial apontar que o reconhecimento de tais garantias e liberdades se deu em favor de uma pequena parcela de senhores feudais, estamento naturalmente privilegiado pelo Antigo Regime.

As instabilidades medievais, que impossibilitaram o desenvolvimento do comércio e geraram inúmeras guerras por territórios, levaram à busca pela centralização do poder. Esse processo de unificação política, que se deu ao mesmo passo que se espatifava o Feudalismo, culminou com a formação dos Estados Modernos, cujo marco histórico é o conjunto de tratados da Paz de Westifália de 1648. É com íntimas ligações com essas estruturas de Estado que se desenvolveu o constitucionalismo moderno.²¹

O processo de formação dos Estados Modernos ligou-se a uma série de acontecimentos históricos que eliminaram os entraves para a ascensão da burguesia como classe dominante²². O Absolutismo, posteriormente inspirado em traços ilustrados (Despotismo esclarecido), gerou o monismo jurídico ao centralizar a produção normativa no Estado, o que propiciou maior estabilidade social para que os burgueses comercializassem. Vale salientar que o monismo jurídico esteve atrelado ao desenvolvimento do conceito de soberania²³, na qualidade de supremacia do poder estatal em detrimento de outros poderes paralelos.

Jean Bodin²⁴, no livro primeiro de “Os Seis Livros da República”, teorizou que o poder do rei era absoluto e perpétuo, em que pese limitado. Absoluto porque não havia outra força maior “nem em poder, nem pelo cargo, nem por tempo certo”²⁵, sendo a única limitação aquelas provenientes da lei divina e da lei natural; perpétuo porque a soberania não possui tempo de duração. Thomas Hobbes²⁶, numa versão contratualista, em “Leviatã”, também conferiu ao rei o poder absoluto, na visão de que cada indivíduo transferiria toda sua liberdade ao Estado a fim de se ver livre da morte violenta em um “estado de natureza”.

abusivas, a limitação do poder de tributação ao consentimento dos súditos, a desvinculação do soberano do papel legislativo e jurisdicional (primitiva noção do devido processo legal), além de certas liberdades religiosas. A propósito do contexto e importância históricos, c.f: COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 12 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 83-86.

²¹ SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 72.

²² A Reforma Protestante findou a unidade religiosa da Igreja, e os ideais antropocêntricos e racionais legatários do Renascimento abriram as portas para o Iluminismo. Ibidem.

²³ A soberania enquanto elemento ou nota característica do Estado foi teoricamente definida no século XVI, com Jean Bodin, sendo consentânea do Estado Moderno. Sua origem remonta ao poder político supremo unificador da ordem interna e independente do poderio do Papa. Com o tempo, ela toma conotações jurídicas e culturais. Para elucidação do desenrolar histórico e do desenvolvimento do conceito de soberania, c.f: DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 80 e ss.

²⁴ BODIN, Jean. *Os Seis Livros da República*. Tradução José Carlos Orsi Morel. V.1. São Paulo: Ícone, 2011, p. 195-210.

²⁵ DALLARI, op. cit., p. 83.

²⁶ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Disponível em: <<https://lelivros.love/book/baixar-livro-leviata-thomas-hobbes-em-pdf-epub-e-mobi-ou-ler-online/>>. Acesso em: 19 mai. 2021.

Uma vez que o Estado se arvorou do poder de editar as normas de maneira centralizada, a burguesia sentiu necessidade de proteger a propriedade e a liberdade contra os soberanos *legibus solutos*, submetendo-os ao ordenamento jurídico para a contenção de seus alvedrios. Isso foi feito com base no jusnaturalismo racional, que, beneficiando-se dos impactos da Reforma Protestante sobre a unidade da Igreja, desgarrou-se de princípios divinos e baseou-se em elementos racionais humanistas.²⁷

Na concepção de John Locke²⁸, em “Segundo Tratado sobre o Governo”, os súditos alienariam apenas parte de sua liberdade irrestrita para o Estado, a fim de que este possibilitasse a fruição do direito de propriedade em segurança. Mais tarde, nos primórdios da Revolução Francesa (1789), a titularidade da soberania sairia da figura do monarca para ir ao encontro do povo e da sua vontade geral, segundo Rousseau²⁹. Ato contínuo, ela se desvincula da massa amorfa do povo para se concentrar na nação enquanto povo sob determinada ordem³⁰.

Em síntese, Souza Neto e Sarmiento³¹ aduzem que os pilares do constitucionalismo moderno podem ser elencados em três³²: a contenção do poder dos governantes por meio da separação de poderes; a garantia de direitos individuais oponíveis ao Estado; e a necessidade de legitimação do governo pelos governados. Há quem entenda haver dez princípios fundamentais do constitucionalismo moderno³³.

²⁷ SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p.73.

²⁸ “Se o homem é tão livre no estado de natureza como se tem dito, se ele é o senhor absoluto de sua própria pessoa e de seus bens, igual aos maiores e súdito de ninguém, por que renunciaria a sua liberdade, a este império, para sujeitar-se à dominação e ao controle de qualquer outro poder? A resposta é evidente: ainda que no estado de natureza ele tenha tantos direitos, o gozo deles é muito precário e constantemente exposto às invasões de outros. Todos são tão reis quanto ele, todos são iguais, mas a maior parte não respeita estritamente, nem a igualdade nem a justiça, o que torna o gozo da propriedade que ele possui neste estado muito perigoso e muito inseguro. Isso faz com que ele deseje abandonar esta condição, que, embora livre, está repleta de medos e perigos contínuos; e não é sem razão que ele solicita e deseja se unir em sociedade com outros, que já estão reunidos ou que planejam se unir, visando a salvaguarda mútua de suas vidas, liberdades e bens, o que designo pelo nome geral de propriedade. 124. Por isso, o objetivo capital e principal da união dos homens em comunidades sociais e de sua submissão a governos é a preservação de sua propriedade. O estado de natureza é carente de muitas condições.” C.f: LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o governo civil e outros escritos*: Ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 156.

²⁹ ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*: princípios de direito político. Tradução Antônio P. Machado. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 41.

³⁰ DALLARI, op. cit., p.84.

³¹ SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 74.

³² Dallari parece apontar os mesmos “objetivos”: “a afirmação da supremacia do indivíduo, a necessidade de limitação do poder dos governantes e a crença quase religiosa nas virtudes da razão, apoiando a busca da racionalização do poder”. DALLARI, op. cit., p. 197.

³³ DIPPEL, Horst. Constitucionalismo Moderno: introducción a una historia que necesita ser escrita. Tradução Salvador Sánchez González. *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, nº 6, 2005. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/revista/2064/A/2005>>. Acesso em: 7 mai. 2020. O autor afirma que todos esses princípios apareceram pela primeira vez na Declaração de Direitos do bom povo de Virgínia, de 1776. Seriam estes: o princípio da soberania popular; a fundamentação da constituição em princípios universais; uma declaração de direitos fundamentais; o governo limitado; e a hierarquia suprema da Constituição. Esses cinco teriam condicionado outros cinco princípios: um governo representativo para ampliar sua legitimidade e prevenir a

Vale mencionar que o constitucionalismo não se reduz à separação de poderes. Em sua versão clássica concebida pelo Barão de Montesquieu³⁴, a tripartição de funções e os freios e equilíbrios entre eles se deu perante uma sociedade ainda marcada pela divisão entre o rei, a nobreza e o povo. Essa estrutura social se refletia na tripartição, de modo que os juízes deveriam ser tirados do seio do povo, o Legislativo se bifurcaria em Câmara Alta – composta pela nobreza – e Câmara Baixa – composta por representantes do povo –, e o Executivo se concentraria nas mãos de um monarca.

É por isso que Matteucci afirma que Montesquieu tratava mais de um equilíbrio social que de um equilíbrio constitucional: “confundindo o poder de sentido jurídico com o poder de sentido sociológico, Montesquieu identifica um órgão do Estado com uma classe ou camada social.” Ele vai além ao asseverar que, com o advento da democracia, a separação de poderes antes estabelece normas procedimentais complexas para a manifestação da vontade da maioria representada, mas não tem o condão de traduzir a dinâmica dos sistemas democrático-parlamentares:

[...]O princípio da divisão dos poderes parece, assim, tanto na versão de Montesquieu como na de Kant, pouco útil para a compreensão do funcionamento dos nossos sistemas parlamentares, onde perdeu valor toda distinção entre executivo e legislativo e existe, em lugar disso, a continuidade do poder ou um processo político que começa nas eleições e termina na ação do Governo. Esse princípio era certamente mais adequado a um sistema social onde havia dois ou três poderes, o do rei, o da nobreza e o do povo, do que ao nosso, baseado no Governo da maioria. Além disso, o Governo da maioria pode suportar complexos procedimentos, tais como o sistema bicameral e as prerrogativas do chefe do Estado; mas tais procedimentos não constituem uma verdadeira divisão do poder. De fato, o partido que obtiver a maioria nas eleições a terá também em ambas as Câmaras e, muito provavelmente, o chefe do Estado sairá das suas fileiras. Em uma palavra, existe um só poder, o poder político da maioria que governa.³⁵

O constitucionalismo moderno possui três formas influentes que ocorreram no Reino Unido, na França e nos Estados Unidos da América. Nesse período já se faz alusão ao Estado Constitucional, que deita raízes no desmoronamento do sistema político medieval principalmente por meio de processos revolucionários que ocorreram nessas localidades, e que resultaram na elaboração de documentos legislativos, posteriormente chamados de Constituição³⁶.

corrupção; a adoção da separação de poderes de Montesquieu, para excluir a concentração tirânica de poder; a exigência de responsabilidade política do governo; a independência judicial, para que a lei prevaleça sobre o poder; e um procedimento ordenado de reforma da Constituição com a participação popular ou de seus representantes.

³⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 169-174.

³⁵ MATTEUCCI, op. cit., p. 250.

³⁶ DALLARI, op. cit., p. 196.

O constitucionalismo inglês³⁷ se assenta em tradições e costumes arraigados, de sorte que a *Common Law* não ostenta uma Constituição escrita. Em tese, vigora o princípio da soberania do Parlamento, que despontou na Revolução Gloriosa de 1688. Esse princípio informa que nenhum outro órgão pode invalidar as normas do Legislativo, o que implica a ausência de hierarquia entre leis e Constituição³⁸.

Por sua vez, o constitucionalismo francês³⁹ irrompeu da Revolução de 1789, acontecimento que marcou a ruptura com as antigas tradições aristocráticas do *Ancien Régime*. Rousseau e Abade Sieyès foram influentes na gestação desse processo, por meio de suas ideias de soberania popular e nacional, respectivamente.

A despeito da rápida restauração da Monarquia (que se tornou constitucional) após o breve período republicano, as bases do constitucionalismo já tinham sido consolidadas. Isso porque resistiram à restauração monárquica a separação de poderes, o sufrágio universal, a soberania popular (nacional) e a proteção dos direitos individuais, estes notadamente referentes às liberdades públicas, à propriedade e à igualdade formal.⁴⁰

Em se atravessando o Atlântico, o constitucionalismo estadunidense deita raízes antes mesmo da Declaração de Independência de 1776. Nessa época, as treze colônias viviam em estado de beligerância com o Parlamento inglês, em função das leis de tributação. Ao revés do mundo europeu, que via nos monarcas absolutistas os maiores inimigos das liberdades individuais, o constitucionalismo norte americano precatava-se contra a hipertrofia de um Legislativo despótico.⁴¹

Em vista disso, os estadunidenses se aproximaram da noção de soberania popular, estampada no preâmbulo⁴² da Constituição de 1787 e, com supedâneo nas lições de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay (conhecidos como “os Federalistas”), endossaram a

³⁷ SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p 74-75.

³⁸ Ocorre que essa ideia foi mitigada com a aprovação de duas leis de envergadura constitucional, o *Humans Right Act* (1988) e o *Constitutional Reform Act* (2005). O primeiro codificou alguns princípios e direitos fundamentais já previstos pela tradição inglesa, de sorte que se passou a declarar a incompatibilidade de normas (mas não a sua invalidade) em relação aos direitos ali expressos. Por sua vez, o segundo ato normativo conferiu maior independência ao Judiciário, que antes era vinculado ao Parlamento, e criou a Corte Constitucional, seu órgão de cúpula. C.f: BARROSO, op. cit., p. 36.

³⁹ SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 75-76 e MENDES; BRANCO, op. cit., p. 44.

⁴⁰ O Parlamento também desempenhava papel proeminente e encarnava a soberania. O Judiciário era órgão autômato (“boca da lei”), subordinado ao Legislativo. Assim, a Constituição era considerada uma proclamação política, em contraste com a lei, a verdadeira fonte do direito. C.f: BARROSO, op. cit., p. 50.

⁴¹ MENDES; BRANCO, op. cit., p.48.

⁴² Onde se faz menção expressa ao povo enquanto poder constituinte: “*We the People of the United States, ... do ordain and establish this Constitution for the United States of America*”.

posição de que a Lei Maior é norma jurídica e, como tal, poderia ser diretamente aplicada pelo Judiciário⁴³.

Essa normatividade ensejou a formação do *judicial review*, que se resume na possibilidade de o Judiciário declarar a incompatibilidade de normas contrárias à Constituição, mesmo que tal atribuição não estivesse expressamente prevista no ordenamento⁴⁴. O caso que consolidou esse entendimento foi o emblemático *Marbury vs. Madison*. Por fim, foi a primeira vez na história que se instituiu uma república federativa e presidencialista, com a perfeita tripartição de poderes montesquiana, incluindo a repartição de competências a nível estadual⁴⁵.

Vê-se, pois, três elementos que distinguem a aplicação do governo limitado – ou seja, da primazia da lei – dos modernos. A existência de uma Constituição escrita que dispõe acerca da organização do Estado e dos direitos dos cidadãos; a superioridade hierárquica das normas constitucionais, que não podem ser açambarcadas pelo legislador ordinário; e, o mais importante, a existência de um Judiciário autônomo com o papel de protetor das normas fundamentais.⁴⁶

O centro de equilíbrio constitucional deixa de ser o Legislativo, visto que, com a escolha dos representantes, ele passa a integrar o governo. Com isso, o Judiciário passa a ser a única função a garantir a supremacia da lei (Constituição) sobre o governo, o que é imprescindível para a democracia.⁴⁷

Esse período que se inicia com a concretização da ascensão burguesa também é conhecido, de modo geral, por constitucionalismo liberal-burguês. Essa classificação toma por base os ideais subjacentes que marcaram tal época histórica.

Sendo assim, o constitucionalismo liberal-burguês visa à proteção dos direitos fundamentais por meio da separação e limitação do poder. Esses direitos eram reputados negativos, na medida em que repudiavam a ação estatal no núcleo da liberdade e da propriedade. O Estado não podia se imiscuir na vida privada, regida pelos contratos civis. No âmbito econômico, correspondia ao Estado mínimo, que deixava a mão livre do mercado agir.⁴⁸

A igualdade era sobretudo formal. A liberdade era de cunho elitista, haja vista que somente os mais abastados tinham lugar na cidadania, na qual vigia o voto censitário. Ademais,

⁴³ HAMILTON, Alexander. *Federalist n° 81*. Disponível em: <<https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-81-85#s-lg-box-wrapper-25493488>>. Acesso em: 19 mai. 2021.

⁴⁴ MENDES; BRANCO, op. cit., p.49.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 47-48.

⁴⁶ MATTEUCCI, op. cit., p. 255-256.

⁴⁷ Ibidem, p. 256.

⁴⁸ SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 80-81.

o conteúdo da liberdade se atrelava ao distanciamento da figura estatal perante as relações sociais e trabalhistas. Por sua vez, a propriedade era direito que antes servia para a manutenção do *status quo*.⁴⁹

Com a crise do Estado liberal no final do século XIX e início do XX, tem-se início a fase do constitucionalismo social⁵⁰. O mundo capitalista, após as Revoluções Industriais, alcançou o pináculo da desigualdade material, de sorte que pululavam ideologias potencialmente subversivas contra a ordem estabelecida e em favor da classe operária. Esse pano de fundo foi crucial para a instalação do Estado social.⁵¹

Por conseguinte, o Estado foi chamado a interferir nas esferas econômica e social, a fim de assegurar a igualdade material. Então, começaram a surgir ações na área do direito do trabalho, da previdência, da educação, da economia. O Estado social estendeu sua influência para meandros que antes eram dominados pela iniciativa privada, transmudando-se numa faceta intervencionista.⁵² A propriedade passou a se vincular à função social e a economia presenciou a criação de empresas estatais, bem como passou a ser norteadas por políticas públicas.⁵³

Impende ressaltar que o constitucionalismo social não planejava suplantar as conquistas de sua versão moderna tradicional (liberal), senão aperfeiçoá-las para incluir os desprestigiados de direitos individuais. A função do Estado não era tão-somente absenteísta, mas prestativa, pois deveria proteger ativamente os direitos individuais, além de criar as condições materiais devidas para seu gozo.⁵⁴

Isso acontece porquanto o constitucionalismo é heurísticamente guiado pela afirmação histórica dos direitos humanos⁵⁵. À medida que novas camadas ínsitas da dignidade da pessoa humana vão sendo reconhecidas, com base na incompletude da natureza humana, novos direitos acrescem o catálogo de direitos fundamentais.⁵⁶

Esse modelo, contudo, conhece sua crise desde as últimas décadas do século passado, em decorrência do avanço do neoliberalismo e da desterritorialização da economia, fruto da

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 82-86.

⁵¹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 182-183, 202-203.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ COMPARATO, op. cit., p. 78-79.

⁵⁴ SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 82-86.

⁵⁵ Matteucci os enxerga como princípio implícito do constitucionalismo: “Assim, para definir o termo, é necessário, antes de tudo, aceitar o valor que nele se acha implícito, um valor que poderemos resumir na defesa dos direitos da pessoa, do indivíduo, do cidadão”. MATTEUCCI, op. cit., p. 248.

⁵⁶ Para o enredo histórico desse processo de afirmação dos direitos humanos, c.f: COMPARATO, op. cit., p. 15-82.

globalização. Como um pêndulo, houve a restauração do minimalismo estatal, com a flexibilização de regras trabalhistas e a privatização de empresas.⁵⁷

A Constituição carecia de maior eficácia e de aplicação direta nas relações jurídicas em muitos lugares. Com exceção do modelo norte-americano, que já conhecia a ideia da normatividade constitucional por volta de 1787 devido à influência do Federalista nº 78 escrito por Hamilton⁵⁸, na Europa os modelos francês e inglês conferiam proeminência ao Parlamento em detrimento da soberania do povo e do poder constituinte. Isso ainda fazia das normas fundamentais proclamações políticas⁵⁹.

Esse panorama começou a se alterar com o segundo pós-guerra. A humanidade conheceu as atrocidades do fascismo e do nazismo, e a comunidade acadêmica se debruçou em dúvidas sobre o positivismo jurídico. Desde então, as Constituições que brotaram traumatizadas com o horror da guerra reforçaram a jurisdição constitucional e prescreveram mecanismos protetivos contra a vontade das maiorias e contra o próprio legislador.⁶⁰

As Constituições europeias, como leciona Daniel Sarmento⁶¹, passaram a ser documentos com normas de alta carga axiológica, que abordam temas outrora desprezados, e que estabelecem extenso rol de direitos fundamentais, destacando-se os de natureza prestacional. Por isso, houve a adesão do padrão social visto acima.

Estavam abertas as portas para o que a doutrina denominou neoconstitucionalismo. Ele é concebido como um modelo constitucional consentâneo da corrente jusfilosófica do pós-

⁵⁷ SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 82-86.

⁵⁸ “No legislative act, therefore, contrary to the Constitution, can be valid. (...) A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges, as a fundamental law.” HAMILTON, Alexander. *Federalist nº 78*. Disponível em: <<https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-71-80>>. Acesso em: 19 mai. 2020.

⁵⁹ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/5869>>. Acesso em: 19 mai. 2020.

⁶⁰ SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 87.

⁶¹ SARMENTO, op. cit., p. 95-133.

-positivismo⁶²⁶³. Segundo Daniel Sarmento⁶⁴, conquanto existam várias nuances e divergências dentro desse mesmo fenômeno⁶⁵, há o consenso de que ostente cinco características comuns.

⁶² No campo da filosofia do direito costuma-se dar grande atenção ao problema sobre o que é o direito. As soluções dadas podem ser condensadas sob o pendão das três grandes correntes do jusnaturalismo, do positivismo e do pós-positivismo. Segundo Noel Struchiner e Carlos Santiago Nino, os jusnaturalistas defendem uma tese de que existiriam princípios morais e de justiça que seriam universalmente válidos e que poderiam ser humanamente apreendidos, os quais, princípios, poderiam ter como fundamento Deus (jusnaturalismo teológico), ou a razão humana (jusnaturalismo racionalista); e uma segunda tese que afirma que uma norma só poderia ser reconhecida como “jurídica” se estivesse em conformidade com tais princípios morais e de justiça, ou seja, submete-se o direito posto ao crivo moral. Já o positivismo jurídico possuiria diversas conotações que poderiam gerar confusão ao verdadeiro âmago dessa corrente. Segundo os autores, ao positivismo jurídico poderia se atribuir uma proposição de ceticismo ético, quando se defendesse que os indigitados princípios morais e de justiça universalmente válidos não existiriam ou sequer poderiam ser aferidos pela razão humana. Essa posição, contudo, não diz sobre o direito. Uma segunda proposição seria a do positivismo ideológico. Aqui, para que uma norma seja caracterizada “jurídica” ela não precisaria se submeter a critérios morais, mas para que ela seja existente e válida bastaria analisar sua fonte. Em decorrência da validade da norma jurídica pelo critério da fonte, haveria uma obrigação moral para que todos obedecessem ao direito posto. Essa proposição é criticada pois seria o mesmo que dizer que o direito, pelo simples fato de existir e ser válido, seria justo e deveria ser obedecido. Uma terceira proposição seria a do positivismo jurídico como formalismo jurídico, que antes reforçaria o positivismo ideológico ao aduzir que o ordenamento seria formado por preceitos legislativos, e não por normas consuetudinárias ou jurisprudenciais. O ordenamento, além disso, seria um sistema completo, consistente e preciso. Por fim, a verdadeira essência do positivismo jurídico se traduziria na concepção conceitual, para a qual todos os expoentes do positivismo convergiriam num plano em comum. Essa concepção é normativamente inerte e se baseia apenas na tese de que, para se identificar uma norma jurídica, não são necessários testes morais, basta que se investigue a sua fonte, não o seu mérito. Daí não dimana nenhuma conclusão de razão prática. Em outras palavras, o critério da fonte é o critério da validade da norma, o que não significa que o direito válido deva ser seguido ou que o direito válido seja justo. C.f: STRUCHINER, Noel. *Algumas “Proposições Fulcrais” acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo*. In: MAIA, Antonio Cavalcanti (Org); MELO, Carlina de Campos (Org); CITTADINO, Gisele (Org); POGREBINSCHI, Thamy (Org). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2005, p. 399-415. NINO, Carlos Santiago. *Introdução à Análise do Direito*. Tradução Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 11-57

⁶³ A corrente do pós-positivismo nasceu em virtude da descrença do positivismo jurídico após sua associação com as barbaridades perpetradas pelo regime nazista. Para o positivismo, na versão capitaneada por Hans Kelsen, uma norma extrai sua validade de outra norma superior, e não pode ser elaborada em conflito com as normas procedimentais do ordenamento. O fundamento de validade da Constituição era a “norma hipotética fundamental”. No entanto, por não se preocupar com a correção do conteúdo material das normas, o positivismo caiu no descrédito após a ascensão do totalitarismo ao poder. Por sua vez, o pós-positivismo, em apertada síntese, “se caracteriza por buscar a ligação entre o Direito e a Moral por meio da interpretação de princípios jurídicos abertos, aos quais é reconhecido pleno caráter normativo. Ele, porém, não recorre a valores metafísicos ou a doutrinas religiosas para a busca da Justiça, mas sim a uma argumentação jurídica mais aberta, intersubjetiva, permeável à Moral, que não se esgota na lógica formal”. Veja-se em SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 201. Por outro lado, não se ignora a tese de que seria um mito a alegação de que o positivismo jurídico teria legitimado o regime nazista. Essa tese propugna que o positivismo jurídico é uma teoria descritiva do fenômeno do Direito, que pode ser identificado segundo o critério da fonte, e não do mérito (conforme aquilo que Noel Struchiner e Nino classificam como positivismo conceitual). Ele intenta apenas identificar o que seria o direito válido, não se imiscuindo na deontologia. O Estado nazista, ainda que instituído sob a vigência formal da Constituição de Weimar – de jaez liberal – ultrajou toda a ordem jurídica e se impôs por meio de leis que tinham, em última instância, a vontade do *Führer* como critério de validade. Isso se aproximaria do conceito de positivismo ideológico, que, como sustenta Struchiner, é na verdade uma caricatura do positivismo jurídico (conceitual). Portanto, uma série de constatações teriam concluído que o positivismo antes era uma teoria resistente ao regime que leniente a ele. Nesse sentido, BORGES, Rodrigo Valadao. *O POSITIVISMO JURÍDICO LEGITIMOU O NAZISMO? REFUTAÇÃO E SUPERAÇÃO DE UMA LENDA*. Rio de Janeiro, EMERJ, 2019 e AMADO, Juan Antonio García. É possível ser Antikelseniano sem Mentir sobre Kelsen? *Revista da EMERJ*: Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 52-118, mai./ago. 2019.

⁶⁴ SARMENTO, op. cit., p. 95-133, de onde se extraíram as cinco características do neoconstitucionalismo.

⁶⁵ O autor se refere à obra de Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, para dizer que existem várias visões sobre o fenômeno.

A primeira é o aclamado reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos. A segunda característica é a concepção de um novo padrão de decisão judicial, o qual rejeita o formalismo legalista tensionado na subsunção, indo ao encontro do emprego da técnica da ponderação de valores e da teoria da argumentação. Com isso, abre-se espaço para os influxos da moral no direito. O terceiro traço é a constitucionalização do direito, que se associa à noção de “um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”⁶⁶, além de abarcar também a filtragem constitucional. Esta “consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados”⁶⁷. Em outras palavras, a filtragem almeja a que os demais ramos do direito (penal, administrativo, civil, empresarial, processual) sejam entendidos consoante os princípios e interesses constitucionais, compatibilizando-se aqueles com estes e não o contrário.

Ato contínuo, dá-se a reaproximação entre direito e moral, fruto da argumentação jurídica e do afastamento do mero silogismo formal, ao mesmo tempo em que se atribui maior importância aos princípios, os quais são dotados de alta carga axiomática. Tudo isso é corolário do pós-positivismo.

Por fim, e como não poderia deixar de ser, há o deslocamento de maiores atribuições ao Poder Judiciário, que assume o papel de concretizador último dos anseios constitucionais, ocorrendo o que se chama de judicialização da política e das relações sociais. Trata-se de uma releitura do princípio da separação de poderes. Há o deslocamento de competências antes oriundas do Executivo e do Legislativo em prol do Judiciário.

No Brasil, a recepção do neoconstitucionalismo ocorreu com a Constituição de 1988 e com o processo de redemocratização⁶⁸. A Carta Maior brasileira prevê um extenso rol de direitos fundamentais espalhados por todo seu corpo, apesar de concentrados entre os artigos 5º e 7º, e os protegeu sob o manto da cláusula pétrea, nos moldes de seu artigo 60, §4º, inciso IV, atribuindo-os eficácia imediata.

Com isso, ela afastou determinadas matérias da deliberação ordinária do legislador, inclusive do constituinte derivado. Ela ampliou, outrossim, os mecanismos de controle de constitucionalidade ao mesmo tempo em que conferiu maior independência ao Judiciário, instituindo o princípio da inafastabilidade de jurisdição. Atualmente, o rol dos legitimados para

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O Triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 1-48. 2006. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/issue/view/805>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ SARMENTO, op. cit., p. 95-133 e BARROSO, op. cit., 2006, p. 1-48.

a propositura de ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade – que outrora já constou somente o Procurador Geral da República – é mais abrangente. Uma vasta positivação de princípios também foi realizada pela Constituição que é classificada como analítica e dirigente.⁶⁹

Para Daniel Sarmento⁷⁰, a doutrina brasileira desempenhou importante papel na mudança desse paradigma do direito constitucional, por intermédio do “constitucionalismo brasileiro da efetividade” e do pós-positivismo. O primeiro movimento concretizou a ideia de que a Carta de 88 deveria ser aplicada rotineiramente pelos juízes, os protagonistas da teoria, mesmo que as normas carecessem de regulamentação por parte do legislador. Já o segundo movimento se caracterizou pela chegada ao Brasil da teoria dos princípios de autores como Dworkin e Alexy, o que cultivou as discussões acerca da ponderação de interesses, dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, além da eficácia dos direitos fundamentais.

Desse amálgama, segundo o autor, surgiu uma nova racionalidade que reformulou as bases do pensamento jurídico e se difundiu não somente para os demais ramos do direito, como também pela estrutura hierárquica e organizatória do Poder Judiciário. Hoje é comum que se investigue temas como “ativismo judicial” e, sobretudo, a jurisdição constitucional pelo viés do déficit democrático em função de seu caráter contra majoritário.

O autor cita, ainda, um terceiro motivo a impulsionar o neoconstitucionalismo no Brasil: “a descrença geral da população em relação à política majoritária, e, em especial, o descrédito no Poder Legislativo e nos partidos políticos”⁷¹. Mais adiante, ver-se-á que a legitimidade democrática remanesce um desafio para os ideais constitucionalistas, mas seu epicentro crítico se desloca para a figura do Poder Executivo neste trabalho.

Existem críticas da lavra de Humberto Ávila⁷² e Dimitri Dimoulis. Traz-se à baila breves apontamentos deste.

⁶⁹ SARMENTO, op. cit.

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ Ibidem.

⁷² Humberto Ávila finca as mudanças propostas pelo neoconstitucionalismo em quatro fundamentos: o normativo, o metodológico, o axiológico e o organizacional. Em seguida, tece uma série de críticas a cada um deles. Quanto ao fundamento normativo, diz o autor que não se pode chamar a Constituição de 1988 de “principiológica”, uma vez que tanto sob a perspectiva quantitativa (maior quantidade de regras) quanto sob a qualitativa (a função das regras seria a de “eliminar ou reduzir problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder”) não há primazia dos princípios sobre as regras, mas uma relação de complementariedade. Quanto ao fundamento metodológico, sustenta que o critério da ponderação não pode ser elevado a método geral (exclusivo ou prevalente) de aplicação do ordenamento jurídico, a ponto de o intérprete desconsiderar as decisões legislativas (onde reside o princípio democrático) a pretexto de se valer de princípios que pretenda “otimizar”. No que tange ao fundamento axiológico, não se deve sustentar a predominância da justiça particular (feita com apoio na ponderação de princípios e interesses de cada caso concreto) em face da justiça geral. Isso porque as regras desempenham as funções de estabilizar conflitos morais e reduzir a incerteza e a arbitrariedade no seio de sociedades complexas e plurais, onde existem diversos conflitos a respeito do modo como se protegem valores fundamentais. Por fim,

Para Dimoulis⁷³, o neoconstitucionalismo não seria nada além de um moralismo jurídico. Sua avaliação concerne ao fato de que as Constituições sempre foram dotadas de força jurídico-normativa vinculante e vistas como superiores à legislação ordinária, desde o início do século XVII, e não somente na segunda metade do século XX. Ao revés, se não o fossem, perderiam seu sentido e se confundiriam com uma simples lei.

Ao mesmo tempo, defende que as Constituições nunca foram pensadas como reles repositórios de normas formalmente superiores e tão somente “materializadas” com valores após a Segunda Grande Guerra. Antes disso, elas carregaram uma série de valores e concepções morais pois nasceram historicamente no bojo de movimentos sociais e conturbações políticas, sendo costumeiramente conhecido o viés liberal burguês com o qual despontaram as primeiras Constituições.

Prova disso, segundo Dimoulis⁷⁴, é que o Judiciário em países como Grécia e Noruega já se valia (mesmo antes dos EUA, em 1803) do controle de constitucionalidade de leis. O que se pode dizer, por outro lado, é que houve uma expansão da normatividade constitucional quantitativamente.

Diante disso, para o professor, a crença de que a criação de Cortes Constitucionais – em função da instituição do controle concentrado de constitucionalidade – seria sinônimo de mais ampla e efetiva proteção aos direitos fundamentais não se sustenta. Isso porque é “impossível saber se a Corte constitucional será mais ou menos liberal e sensível aos direitos fundamentais do que os tribunais das instâncias inferiores ou o próprio legislador”⁷⁵. Em outras palavras, tanto o Legislativo quanto o Judiciário, enquanto guardiões da Constituição, estão sujeitos a abusos e desequilíbrios, podendo desbordar de suas competências⁷⁶.

assevera Humberto Ávila que não deve haver preponderância do Poder Judiciário em relação ao Poder Legislativo, haja vista que é no recinto deste onde se prestigia a participação e a consideração de todos, ou seja, é por meio dele que a pluralidade de concepções de mundo e de valores pode ser levada em consideração. Para maior aprofundamento, confira-se ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./fev./mar., 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 9 jun. 2020. Em contraponto aos principais óbices. C.f: SARMENTO, op. cit.

⁷³ DIMOULIS, Dimitri. *Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico*. Disponível em: <https://www.academia.edu/1615334/Neoconstitucionalismo_e_moralismo_jur%C3%ADdico#:~:text=1%20Neoconstitucionalismo%20e%20moralismo%20jur%C3%ADdico,pela%20Universidade%20Paris%2DI%20Sorbonne.&text=Entre%20os%20estudos%20brasileiros%20sobre,direito%E2%80%9D%20de%20autoria%20do%20Prof.> Acesso em: 9 jun. 2020.

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ Nesse ponto, o autor cita o caso da aplicação, pelo STF, das teorias do efeito transcendental e da mutação constitucional quanto às decisões do tribunal no controle difuso, elucidando que isso permite uma indevida apropriação de competências reconhecidas ao Senado, aos legisladores estaduais e aos tribunais que realizam o controle difuso. A teoria da abstrativização do controle difuso permite que a decisão, em controle difuso, que declarar a inconstitucionalidade de uma norma ganhe efeitos vinculantes e *erga omnes* (como no controle

No que toca à nova metódica, a qual abarca a ponderação de valores e princípios, e a interpretação de cláusulas gerais, Dimoulis afirma não se tratar de nenhuma novidade atribuível aos neoconstitucionalistas, tampouco restrita à seara do direito constitucional. Em citando Binding, Hans Kelsen e outros, ele anota que “muitas são as referências teóricas e práticas de interpretação flexível, casuística, até mesmo livre do direito”⁷⁷, de sorte que sempre se conhecia do papel criativo do aplicador do Direito.

Em sequência, sustenta que se trata de uma espécie de moralismo jurídico. Apesar de se lastrear em jusfilósofos de diferentes matizes⁷⁸, a marca distintiva dessa corrente é a postura contrária ao positivismo. Desse modo, não haveria uma ruptura entre o suposto antigo constitucionalismo e um pretense novo. O que de fato haveria seria a defesa da tese da necessária conexão entre direito e moral, que se daria por influência das Cortes Constitucionais quando da interpretação e aplicação dos princípios e valores plasmados na Constituição. São suas palavras⁷⁹:

[...]Nessa perspectiva, os (neo)constitucionalistas seriam juristas que reconhecem, como todos os demais, a supremacia constitucional e a necessidade de criar mecanismos para a sua preservação. O elemento peculiar estaria na crença de que a moral desempenha um papel fundamental na definição e na interpretação do direito.

Tudo isso chama atenção para um debate candente no cerne do mundo jurídico, mais detidamente sobre os pilares do constitucionalismo contemporâneo enquanto continuação e evolução da versão moderna. O debate gira em torno da problemática da justificação do poder por meio do direito, o que inevitavelmente se envereda para o caminho do princípio democrático.

Tendo em vista que o constitucionalismo se vinculou às categorias atinentes ao Estado Moderno durante sua evolução para lhe controlar o exercício do poder, é natural que ambos compartilhem expectativas. A seguir, outros conceitos relacionados ao constitucionalismo são perscrutados tendo em vista alguns de seus desafios e horizontes.

1.2. Desafios e horizontes

concentrado). Para seus defensores teria havido uma mutação do art. 52, X, da CRFB, que passaria a ostentar a interpretação no sentido de que o papel do Senado Federal seria dar publicidade à decisão do STF.

⁷⁷ DIMOULIS, op. cit.

⁷⁸ Ralf Dreier, Robert Alexy, Ronald Dworkin, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli, Carlos Santiago Nino dentre outros. Dimoulis salienta que nenhum deles se denominou neoconstitucionalista. *Ibidem*.

⁷⁹ *Ibidem*.

Inicialmente, vale a sinalização de que o emprego das palavras “desafio” e “horizonte” é feito na mesma medida por que Häberle se valeu em “Novos Horizontes e Novos Desafios do Constitucionalismo”, na Conferência Internacional sobre a Constituição Portuguesa, em 2006⁸⁰. Em outras palavras, “horizontes” possui conotação positiva, no sentido de se tratar de processos bem-sucedidos ou comprovadas realizações do constitucionalismo, isto é, representa o percurso pelo qual o constitucionalismo poderá fluir, sua tendência de evolução. Por outro lado, “desafios” leva uma carga ambivalente, um terreno de incertezas para a empreitada constitucional, um espaço onde o tempo dirá se houve fracasso ou vitória.

Sendo assim, diante do cenário descortinado até aqui, tem-se que a noção de constitucionalismo permanece indissociável da concepção de Estado, de forma que os horizontes e desafios daquele trabalham com os elementos característicos ou notas definidoras deste⁸¹. À guisa de explicação, empresta-se o conceito de Estado de Dalmo Dallari, como “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”⁸². Por meio dele, conceito, veem-se as quatro notas definidoras: soberania, território, povo e finalidade.

Em linhas gerais, a soberania nasceu como um conceito meramente político, no sentido de representar uma força incontrastável a outras, mas evoluiu a um conceito jurídico, no qual representa a força que decide a “atributividade” das normas. Atualmente não se pode conceber a soberania senão como um amálgama entre as duas correntes. Ademais, possui um âmbito interno, que concerne as fronteiras do território, debruçando-se sobre os indivíduos que o integram, e um âmbito externo, relativo à igualdade de tratamento perante outros Estados.⁸³

⁸⁰ HÄBERLE, Peter. *Novos Horizontes e Novos Desafios do Constitucionalismo*. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/search/authors/view?firstName=Peter&middleName=&lastName=Haberle&affiliation=&country=>>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

⁸¹ Em proximidade com esse pensamento, SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 88, para quem o constitucionalismo se ancora basicamente no conceito de soberania e na formatação política do Estado enquanto ator principal, monopolizador da produção normativa, da função jurisdicional e do uso legítimo da força, sob a circunscrição de seu território.

⁸² DALLARI, op. cit., p.121.

⁸³ Dallari discorre que, em termos políticos, a soberania “expressa a plena eficácia do poder, sendo conceituada como o poder incontrastável de querer coercitivamente e fixar as competências. (...) O poder soberano não se preocupa em ser legítimo ou jurídico, importando apenas que seja absoluto”. Já em termos jurídicos seria: “o poder de decidir em última instância sobre a atributividade das normas, vale dizer, sobre a eficácia do direito. (...) Tem-se como soberano o poder que decide qual a regra jurídica aplicável em cada caso, podendo, inclusive, negar a juridicidade da norma”. A soberania possui quatro notas definidoras, quais sejam, a unidade, a indivisibilidade, a inalienabilidade e a imprescritibilidade. É una, porquanto não permite a existência de outra força equiparada. A indivisibilidade não permite que ela se fragmente, sendo aplicada integralmente a todos os fatos que sucederem na esfera estatal. Ela é inalienável pois aquele que a concede nunca o faz de modo que não a retenha mais, ou seja, o detentor desaparece quando fica sem ela. É, ainda, imprescritível pois do contrário não seria um poder verdadeiramente absoluto, caso tivesse prazo de validade. Ibidem, p. 85-86.

O território⁸⁴ é o limite espacial onde se exerce a força soberana do Estado e, em decorrência disso, onde sua ordem jurídica ganha maior eficácia. É protegido pelo princípio da impenetrabilidade e pelo princípio do respeito mútuo entre os Estados, que não podem violar a configuração limdeira uns dos outros, sob pena de alguma espécie de responsabilidade internacional.

Povo⁸⁵, por sua vez, não se confunde com nação. Ele é o elemento formador da vontade do Estado e com este se vincula por intermédio de laços jurídicos, que são costumeiramente conhecidos como cidadania. Por assim dizer, povo é o “conjunto de cidadãos do Estado”⁸⁶. A finalidade de um Estado é atender ao bem comum de seu povo, consubstanciado no desenvolvimento de suas personalidades individuais.

Assim é que alguns acontecimentos imersos no contexto da globalização e da desterritorialização da economia difundiram novos horizontes ao constitucionalismo. Os avanços tecnológicos sobretudo na área da informática tendem a que as fronteiras físicas do Estado, sua supremacia e seu povo sejam conceitos relativizados.

O fortalecimento do Direito Comunitário Europeu é um exemplo disso. A União Europeia é uma comunidade de Estados regida por seus membros, que a conferem competências exclusivas, num verdadeiro compartilhamento de poderes (funções) inerentes à soberania estatal. Há uma abertura ao direito internacional, para que este ingresse no ordenamento interno de cada país e se incorpore ao direito aplicável. Fala-se em “amizade ao direito internacional” ou princípio da abertura internacional.⁸⁷

Nesse sentido, os atos normativos (regulamentos comunitários) expedidos pela União Europeia são, em regra, predominantes sobre as disposições constitucionais naquilo que toca a sua competência convencionada, guiando-se pelo princípio da subsidiariedade quanto às questões que não forem de sua alçada. Contudo, essa interação deve respeitar os limites representados pelos princípios constitucionais materialmente irreversíveis, na visão de Canotilho⁸⁸, quais sejam, o princípio da independência nacional, o respeito ao direito dos homens e dos povos, o princípio da solução pacífica de conflitos, bem como o da igualdade entre os Estados.

Some-se a isso a consolidação do processo de internacionalização dos direitos humanos no pós-Segunda Guerra Mundial, o que se deveu à Carta das Nações Unidas (1945)

⁸⁴ Ibidem, p. 91-98.

⁸⁵ Ibidem, p. 99-105.

⁸⁶ Ibidem, p. 103.

⁸⁷ CANOTILHO, op. cit., p. 369 e HÄBERLE, op. cit.

⁸⁸ CANOTILHO, op. cit., p. 370 et seq.

e, concretizando seus desígnios, à Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Antes do trauma nazista, a visão de direito internacional mirava regular o tratamento entre Estados, de sorte que os direitos individuais eram tema afeto à ordem interna do direito. O regime totalitário alemão vilipendiou a vida humana a tal ponto que foi consenso da comunidade internacional o resgate do âmago humanitário.⁸⁹ Portanto, coube à instituição do Tribunal de Nuremberg dar esse passo primordial.

Essa nova toada enseja a criação de órgãos e mecanismos de ordem internacional ou regional que possam desempenhar funções legislativas, executivas e jurisdicionais, relativizando a antiga percepção de que a soberania estatal seria absoluta e una. Além disso, a discussão desloca as fronteiras espaciais, bem como a tradicional noção de povo, como já se fez menção.

Em meio a esse cenário de globalização, o que inevitavelmente levou à convivência mais estreita com diversas culturas, Erhard Denninger⁹⁰ chama atenção para o atual estágio de desenvolvimento dos direitos humanos, os quais impõem novos desafios ao constitucionalismo. Ele aponta que a histórica tríade formada por liberdade, igualdade e fraternidade⁹¹, sobre a qual se construiu a ocidentalidade, possa estar ultrapassada.

Denninger⁹² preleciona que a versão revolucionária da igualdade entre os cidadãos não contempla as mesmas condições de fato para todos e acaba por produzir desigualdade e injustiça. A lei não atinge maioria, jovens, homens, cidadãos, não-deficientes da mesma forma que impacta minoria, idosos, mulheres, estrangeiros, deficientes. Por isso, uma nova consciência coletiva está se instalando nas sociedades para reconhecer as diversidades (social e cultural), que destoam da antiga noção aglutinadora de igualdade formal consolidada por força

⁸⁹ Nessa trilha, Flávia Piovesan assevera que: “(...) No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do direito. Diante dessa ruptura, emerge a necessidade de reconstruir os direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral”. Ainda, no tocante à imagem do Estado, que saiu arranhada depois de ser associada ao patrocínio do Holocausto e das barbáries, ratifica: “(...) Nasce ainda a certeza de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao âmbito reservado de um Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Sob esse prisma, a violação dos direitos humanos não pode ser concebida como questão doméstica do Estado, e sim como problema de relevância internacional, como legítima preocupação da comunidade internacional”. Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, [e-book].

⁹⁰ DENNINGER, Erhard. Segurança, Diversidade e Solidariedade ao invés de Liberdade, Igualdade e Fraternidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 88, p. 21-45, dez. 2003.

⁹¹ Trinca axiológica dos direitos humanos, sobre a qual Fábio Konder Comparato também tece algumas ponderações que se desgarram do *locus* revolucionário original de interpretação. C.f: COMPARATO, op. cit., p. 76-81.

⁹² DENNINGER, op. cit.

do Estado-nação, com intuito de promoção da justiça distributiva. Esse processo de tolerância, contudo, é paulatino e conturbado.

O acolhimento da diversidade é, segundo Zagrebelsky⁹³, o marco que distingue as sociedades pluralistas atuais e suas Constituições. A soberania estatal não deve ser resultado da imposição apriorística de um único projeto de vida predominante, mas deve ser ancorada na existência de diversos princípios e valores. Cabe à Constituição dessa sociedade promover a igualdade de possibilidades para que os distintos projetos possam conviver.

O que impede o desmantelamento desse conturbado processo congregante de diversidades é o princípio da solidariedade. Segundo Denninger⁹⁴, esse é um conceito que transcende o jurídico e alcança o domínio da ética. É um convite a constantemente mostrar “decência” em relação ao outro. Esse outro não deve ser visto como um indivíduo pertencente ao mesmo grupo, tampouco deve ser forçado a este, grupo, incorporar-se, mas merece ser respeitado enquanto estranho. A solidariedade, portanto, é um “vínculo de sentimento racionalmente guiado e autodeterminado”. Ela incentiva o desprendimento ao etnocentrismo.

Por derradeiro, a segurança se desvela como dever do Estado em proteger o cidadão das mazelas e perigos contemporâneos, decorrentes do avanço tecnológico e das relações globalizadas entre os países. O autor destaca a “proteção dos cidadãos contra perigos sociais, técnicos e ambientais, bem como contra os perigos da criminalidade”⁹⁵.

A bem dizer, Iorio Filho e Silva Neto⁹⁶ aduzem que talvez Denninger esteja a expandir aqueles conceitos revolucionários tradicionais, transmudando-os em segurança, diversidade e solidariedade. Não haveria, quiçá, um rompimento com os paradigmas tradicionais, na medida em que essa nova tríade parece tratar de uma esfera prestativa (ou positiva) daqueles direitos, antes tratados em sua esfera negativa, de incumbência do Estado e também dos cidadãos perante a humanidade.

Por fora, existe também a *lex mercatoria*⁹⁷, fenômeno que se desenvolveu com o avanço do comércio internacional e se atrela ao desenvolvimento de normas típicas dessa seara. Essas normas se desenvolveram por meio de praxes e costumes reiterados ao longo do tempo pelos comerciantes, que tiveram de romper a barreira do pluralismo político-jurídico da Idade

⁹³ ZAGREBELSKY, op. cit., p. 13-17.

⁹⁴ DENNINGER, op. cit.

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ IORIO FILHO, Rafael Mario; SILVA NETO, Francisco da Cunha e. Solidariedade, diversidade e segurança: os novos paradigmas do constitucionalismo ocidental. In: XIV Congresso Nacional do CONPEDI, Fortaleza. *Anais do Congresso Nacional do XIV Conpedi*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

⁹⁷ SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit, p. 89.

Média. Tal conjunto de regras busca conferir uniformidade e segurança aos negócios jurídicos travados em diversos lugares do globo.

Apesar de não ser séria ameaça à soberania estatal, visto que a *lex mercatoria* não é um sistema jurídico paralelo, além de não ser dotada de coercibilidade, nada impede sua absorção pelo Estado por intermédio da positivação de tais normas. Ademais, costuma-se atribuir à arbitragem a fresta pela qual se incorporam as regras da *lex mercatoria* pelos ordenamentos estatais.⁹⁸

Tais fenômenos traduzem uma nova realidade diante da qual os Estados são instigados a pensar sobre problemas em escala regional ou global, e não mais restritos a suas próprias fronteiras. Isso se deve a uma economia capitalista globalizada e altamente tecnológica, que implica o exame de questões que envolvem direitos trabalhistas em escala mundial, meios de produção, meio ambiente e crescimento sustentável, cidadania, segurança, direitos humanos entre outras, o que tem sido apontado como uma crise do Estado Moderno. Esse, no entanto, é um ponto que transcende o propósito deste trabalho.

Fato é que eclodiram correntes que abordam a concepção de diferentes ordens jurídicas a influenciar um mesmo ente estatal soberano. O transconstitucionalismo – termo cunhado por Marcelo Neves⁹⁹ – prega que problemas constitucionais podem ser solucionados por meio de um diálogo entre o ordenamento jurídico interno e outras ordens, sejam internacionais (com base em tratados e convenções), supranacionais (com base em tratado constitucional integrativo de Estados, como o Tratado da União Europeia - TUE), ou mesmo transnacionais (com fulcro em contratos de atores privados). O Supremo Tribunal Federal, segundo o autor, encampa esse pensamento quando se vale de decisões de outros tribunais, por exemplo o Tribunal Europeu de Direitos Humanos ou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, para servirem de reforço argumentativo de suas próprias decisões.

Sutilmente diferente é o constitucionalismo transnacional, que “consiste na elaboração de uma só Constituição aplicável a vários países. Cada país abre mão de uma parcela de autonomia, elege seus representantes que farão parte de uma Assembleia Legislativa Transnacional e elaboram uma só Constituição”¹⁰⁰. Desse modo, há a aglutinação da ordem jurídica em determinado ente supra estatal regional.

⁹⁸ Nesse sentido, VIDIGAL, Erick. A *Lex mercatoria* como fonte do direito do comércio internacional e a sua aplicação no Brasil. *Revista de informação legislativa*, v. 47, n. 186, p. 171-193, abr./jun. 2010.

⁹⁹ O autor trata do tema em obra específica intitulada “transconstitucionalismo”, mas o conceito também aparece em: NEVES, Marcelo. Do Transconstitucionalismo à transdemocracia. In BUENO, Roberto (Org.). *Democracia: da crise à ruptura. Jogos de armar: reflexões para a ação*. São Paulo: Max Limonad, 2017, p. 1097-1119.

¹⁰⁰ NEVES JÚNIOR, op. cit., p. 119.

O mesmo raciocínio ampliado em escala mundial dá azo ao constitucionalismo global. A despeito das variadas vertentes, Anne Peters¹⁰¹ pontua que a reivindicação principal é o incremento da legitimidade da ordem jurídica internacional, bem como de suas instituições e atores, sem que seja necessário um Estado de conotação mundial. Com isso, haveria uma Constituição global que incorporaria princípios básicos de direito – tais como a separação de poderes, a proteção aos direitos fundamentais, a democracia – a fim de que o bem-estar das pessoas e dos grupos submetidos a ela fosse resguardado e promovido.

Noutro giro, Häberle já vaticinava que os desafios adentravam domínios como os “da proteção do meio ambiente, da integração de imigrantes, da eliminação de todas as formas de discriminação”¹⁰². Em que pese o farto temário, o presente trabalho se restringirá a um mal que atinge a legitimação do poder frente aos governados.

A legitimidade é um conceito que remonta a existência de um poder político triunfante, o modo como é exercido e, sobretudo, a sua origem¹⁰³. Liga-se ao elemento soberano e a sua justificação. No que tange a justificação e titularidade da soberania, as doutrinas se dividem entre teocráticas e democráticas.

As primeiras são consentâneas dos tempos pretéritos ao racionalismo europeu do século XVIII. Os monarcas eram encarnações de deuses ou figuras transcendentais, aos quais, monarcas, se prestavam culto e veneração (doutrina da natureza divina dos governantes). Em outras vezes, eram emissários de Deus na terra, de quem provinha a fonte de seu poderio, por quem eram investidos em sua majestade (doutrina da investidura divina). Havia, outrossim, o entendimento de que o princípio do poder era divino, mas sua forma de obtenção e exercício se vinculava apenas ao direito humano (doutrina da investidura providencial).¹⁰⁴

A seu turno, as teorias democráticas fundam-se na titularidade do povo ou da nação, outrora abordados. A bem da verdade, essa discussão (sobre a titularidade da soberania) se

¹⁰¹ PETERS, Anne. *Global Constitutionalism*. Disponível em: https://www.mpil.de/files/pdf5/Peters_Global_Constitutionalism__Encyclopedia_of_Political_Thought_20151.pdf. Acesso em: 28 mai. 2020.

¹⁰² HÄBERLE, op. cit.

¹⁰³ Tem-se a legitimidade como a valoração da legalidade. Bonavides leciona que nesse conceito entram crenças e valores de determinada época que justificam o consentimento e a obediência ao ordenamento. Ele afirma: “a legalidade de um regime democrático, por exemplo, é o seu enquadramento nos moldes de uma Constituição observada e praticada; sua legitimidade será sempre o poder contido naquela Constituição, exercendo-se de conformidade com as crenças, os valores e os princípios da ideologia dominante, no caso a ideologia democrática”. Atendo-se ao aspecto jurídico, o autor alude ao entendimento de Maurice Duverger e Julien Laferrière, segundo o qual um governo é legítimo desde que se estabeleça e atue de acordo com a Constituição em vigor, observando os princípios da nova ordem jurídica proclamada. Veja BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 140.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 161-164.

entrelaça com o exercício do poder constituinte enquanto estruturador e limitador da ordem jurídica.

Assim, o poder constituinte basicamente inaugura uma ordem jurídica – cria a Constituição –, confere sua organização e institui os poderes constituídos: Executivo, Legislativo e Judiciário, os quais devem lhe prestar deferência. Ele advém dos papéis federalistas e dos ideais revolucionários franceses.

No Brasil, a tese adotada é a da soberania popular¹⁰⁵. O processo constituinte será legítimo quando houver a verdadeira participação de seu titular. Portanto, a democracia – apesar da polissemia e da constante reinvenção – é o substrato da legitimidade na medida em que transparece efusão popular.

Nessa esteira, tem-se o constitucionalismo popular, cujos expoentes são Larry Kramer, Jeremy Waldron, Richard Parker e Mark Tushnet. Posto que cada autor pensa de forma diferente, há uma crítica comum entre todos que se dirige ao controle judicial.

Larry Kramer atribui aos pais fundadores dos EUA um modelo de constitucionalismo por meio do qual caberia ao povo não somente a criação e instituição da Constituição, senão também a sua interpretação. Desse modo, a palavra final a respeito da validade das normas não seria da Corte Suprema, mas ao povo que, por intermédio de diversos mecanismos (eleições, protestos populares, numa relação dialógica), exerceria o controle sobre elas. A supremacia judicial seria superveniente à fundação daquele país. O mais implacável é Mark Tushnet, para quem a noção de supremacia judicial deve ser abolida.¹⁰⁶

De outro modo, a teoria do constitucionalismo democrático, proposta por Robert Post e Reva Siegel¹⁰⁷, sugere que a autoridade de uma Constituição se baseia na legitimidade democrática que se constrói em torno dela. Imersa no cenário norte-americano, essa legitimidade tem a ver com o sentimento popular de pertencimento em relação à Constituição.

Trata-se de um engajamento que permite aos cidadãos questionar o significado das normas constitucionais, opondo-se às interpretações oficiais do Estado, por meio de mecanismos como as eleições, a elaboração de normas constitucionais, os movimentos

¹⁰⁵ Não custa lembrar o parágrafo único do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 jul. 2020.

¹⁰⁶ As síntese e crítica de tais pensamentos podem ser encontradas em: VIEIRA, José Ribas. EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. BARREIRA, Jônatas Henriques. Constitucionalismo popular: modelos e críticas. *Revista de Investigações Constitucionais*: Curitiba: Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR, vol. 5, n. 3, p. 227-302, set./dez. 2018.

¹⁰⁷ POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. Disponível em: <https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel_RoeRageDemocraticConstitutionalismAndBacklash.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2020.

populares. O governo por detrás da máquina estatal, diante disso, resiste aos reclamos do povo, e assim é moldado o significado das linhas constitucionais. Portanto, há um constante debate movido pelas reações populares (*backlash*) aos significados atribuídos principalmente pelas cortes.

Ao contrário do pensamento encabeçado por Larry Kramer, essa corrente reconhece a crucial importância das cortes para a conquista de direitos. A autoridade especial delas advém da Constituição e das normas de razão jurídica. Os cidadãos esperam que as cortes coíbam os excessos por parte do governo, mas se elas divergirem da opinião popular, os cidadãos resistirão e levarão suas insatisfações ao conhecimento delas.¹⁰⁸

Sendo assim, o constitucionalismo democrático entende que tais desentendimentos interpretativos são essenciais para o fortalecimento da cultura constitucional. Nas palavras de Post e Siegel: “*Democratic constitutionalism analyzes the practices employed by citizens and government officials to reconcile these potentially conflicting commitments*”¹⁰⁹.

Por fim, entre uma teoria da legitimidade e uma teoria da Constituição, na visão de Pastor e Dalmau¹¹⁰, encontra-se o novo constitucionalismo, que por razões de necessidade e desigualdade social¹¹¹, teve de nascer latino-americano. O movimento é capitaneado por Bolívia, Equador e Colômbia, mas tivera também a participação venezuelana em seu início.

Em síntese, a América Latina sempre foi vítima dos modelos europeus; e sua população, alijada do cerne político. Com isso, estimula-se a participação por meio de mecanismos constitucionais, almejando-se elevar os níveis de legitimidade, o que se faz por meio da ativação de um poder constituinte verdadeiramente democrático, que não se oculta após a instituição da ordem jurídica, mas se manifesta constantemente pelos mecanismos de participação.¹¹²

Nesse sentido, a lição de Pastor e Dalmau¹¹³:

[...]O novo constitucionalismo tem um duplo objetivo. Por um lado, recuperar e atualizar o conceito de poder constituinte democrático, garantindo a origem democrática da Constituição por meio de iniciativas populares de ativação desse poder

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ Ibidem. Em livre tradução: “o constitucionalismo democrático analisa as práticas empregadas por cidadãos e oficiais do governo para reconciliar esses potenciais compromissos conflitantes”.

¹¹⁰ PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. A Constituição democrática: entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*: Brasília, v. 9, n. 2 p.333-349. 2019.

¹¹¹ WOLKMER, Antônio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências Contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. *Revista Pensar*: Fortaleza, v.16 n.2, p. 371-408, jul/dez. 2011.

¹¹² PASTOR; DALMAU, op. cit.

¹¹³ Ibidem.

e de seu exercício fundante por uma assembleia constituinte participativa e plural, assim como pela aprovação direta da Constituição pela cidadania, por meio de consulta popular. Por outro lado, gerar conteúdos constitucionais que permitam resolver os problemas de legitimidade do sistema que o constitucionalismo social de origem europeia não conseguiu resolver.

Ademais, preocupa-se com uma série de questões de fundo social que foram mal resolvidas pelos modelos hegemônicos europeus, tendo em vista as deficiências do Estado Social, que não chegou a deitar raízes em terras latinas. Prosseguem os autores¹¹⁴:

[...]O novo constitucionalismo aposta, entre outros aspectos, na abertura de espaços de participação direta dos cidadãos para evitar a oligarquização do sistema político; estender as garantias e a eficácia dos direitos sociais; estabelecer novos fundamentos axiológicos da vida em comum; incorporar a proteção do meio ambiente como uma política transversal que deve permear toda a atividade social; estender os controles constitucionais aos poderes privados, fundamentalmente aos poderes econômicos que controlam e distorcem os mercados e tentar democratizar e garantir a independência do poder judiciário, dos órgãos de controle de constitucionalidade e, em geral, das instituições de controle do poder político ou econômico. E, é claro, resolver a exclusão e marginalização das minorias étnicas e sociais e dos grupos vulneráveis.

Em chegando ao fim do primeiro capítulo, está dado o caminho pelo qual o constitucionalismo germinou, desenvolveu-se, para onde pode se enveredar, alguns percalços, e, finalmente, sobre o que se fundamenta: a democracia.

¹¹⁴ Ibidem.

2. AS RELAÇÕES ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

Neste capítulo, pretende-se, à luz do anterior, delinear o que possa ser democracia e os diversos sentidos que a palavra possa ostentar, bem como identificar sua importância para o estágio atual da evolução constitucional ocidental. Pode-se dizer que existem várias teorizações sobre esse tema.

Antes, porém, far-se-á breve introdução ao aparente conflito que as duas categorias possam ter entre si. Por último, visa-se a descrever a situação de possível crise da democracia ocidental, que tem a ver com as instabilidades políticas e com o declínio dos níveis de representatividade da vontade popular.

2.1. A aparente tensão com o constitucionalismo e os sentidos de democracia

De uma forma simples e direta, o eventual embate entre democracia e constitucionalismo se cinge ao plano teórico de ideias, mas que são postas de maneira constantemente dúbia, parcial ou imprecisa. Como se sói dizer, democracia seria o governo do povo, nota formada pela junção etimológica dos elementos *demos* (do grego, “povo”), mais *kratos* (do grego, “poder, domínio”)¹¹⁵, aglutinando a noção de poder do povo, ou governo, domínio do povo. Lado outro, o constitucionalismo é, como descortinado no capítulo anterior, a limitação do poder pela sujeição à lei (Constituição).

Mais fácil seria a compreensão da limitação do poderio de um rei ou imperador, pois em benefício dos súditos. Contudo, seria de torcer o nariz afirmar que o poder popular deva ser igualmente limitado. Ora, não seria em prol do povo essa contenção? De igual modo, como poderiam juízes não eleitos invalidar a vontade de um Parlamento? A resposta para tal inquietação deve ser iniciada com a elaboração do conceito de democracia.

De início, vale a menção da fórmula de Lincoln consagrada pelo 16º presidente dos EUA, que, durante a Guerra de Secessão, proferiu o famoso discurso de Gettysburg. Esse local foi designado para a construção de um cemitério em homenagem aos soldados da União mortos

¹¹⁵ DEMOCRACIA. In: Dicionário Caldas Aulete. Disponível em: <<https://aulete.com.br/democracia>>. Acesso em: 21 jun. 2021. Como será visto ao longo deste capítulo, o significado de democracia ao qual se alude se relaciona com a democracia liberal moderna, com a noção de regime de governo e com a noção de livre mercado de ideias. Não se adota o conceito de democracia que envolve a ditadura do proletariado marxista enquanto fase intermediária da destruição do Estado burguês e da formação de uma sociedade sem classes. Essa distinção é importante pois, como denota Bobbio, democracia é uma palavra presente em discursos até mesmo contraditórios entre si. Cada ideologia política pode se valer de seu modelo de democracia – como a democracia liberal e a democracia socialista, as respectivas versões de liberalismo e socialismo – diferente e com aspectos inconciliáveis entre si. C.f: BOBBIO, Norberto. Democracia. In: BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, op. cit., p. 323-325.

em combate pelo sistema econômico nortista¹¹⁶. Em buscando inspiração nos “pais fundadores”, Lincoln afirmou esperar que, após a guerra civil, “esse governo do povo, pelo povo, para o povo” jamais perecesse¹¹⁷.

Hoje em dia é difícil visualizar uma democracia que não seja constitucional. O âmago da democracia é a fonte do poder soberano, que reside no povo. O âmago do constitucionalismo é o modo de exercício do poder delegado aos representantes, os quais não são titulares da soberania.¹¹⁸

O princípio democrático puro implica o governo da maioria. O constitucionalismo como governo limitado poderia, porém, obstá-lo quando impusesse certos direitos do homem como núcleos indevassáveis pela vontade majoritária. Poder-se-ia alegar que isso ensejaria um governo de minorias.¹¹⁹

Outra suposta desavença estaria na relação desses conceitos com liberdade. Para os constitucionalistas, a liberdade é jurídica e importa numa ampla esfera de licitude impenetrável pelo Estado. Para os democratas, a liberdade antes é um valor ético que importa na participação da comunidade na formação da vontade do Estado.¹²⁰ Percebe-se que são duas faces da mesma moeda: a liberdade em conotações individual e pública respectivamente.

Tal entendimento de incompatibilidade, no entanto, revela uma visão míope do problema, na medida em que o constitucionalismo alberga a própria maioria de seus excessos, representando freios à eventual tirania dos representantes. Com isso, revela-se salutar ao princípio democrático. Ademais, para que haja participação na esfera pública é imprescindível que também haja liberdades individuais, como as liberdades de imprensa, de expressão, de religião, sem as quais o debate público formador da vontade do Estado seria prejudicado.¹²¹

Na precisa lição de Matteucci¹²²:

[...]Trata-se, portanto, de doutrinas diversas, facilmente separáveis no plano puramente conceptual; mas não são doutrinas contraditórias, porque, embora tenha

¹¹⁶ Na época da marcha para o Oeste, o Norte dos EUA possuía um sistema econômico capitalista mais industrializado e com mão de obra livre assalariada, ao passo que o Sul era agrícola e escravagista. Abraham Lincoln era abolicionista e tinha se filiado ao Partido Republicano em 1854, partido que defendia os interesses setentrionais. Após ser eleito presidente em 1861, liderou as forças da União contra os Estados do Sul. Foi morto em 1865, poucos dias depois de vencer a guerra, por um extremista do Sul. VAINFAS, Ronaldo et al. *História*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 470-475.

¹¹⁷ “...that this nation shall have a new birth of freedom; and that this government of the people, by the people, for the people, shall not perish from the earth.” LINCOLN, Abraham. *Gettysburg Address - “Hay Draft”*. Disponível em: <<https://www.loc.gov/exhibits/gettysburg-address/ext/trans-hay-draft.html>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

¹¹⁸ MATTEUCCI, op. cit., p. 256-257.

¹¹⁹ Ibidem.

¹²⁰ Ibidem.

¹²¹ Ibidem.

¹²² Ibidem.

havido no passado regimes constitucionais não democráticos, não conhecemos hoje outra forma possível de democracia senão a constitucional. De fato, a liberdade positiva de participar na formação da vontade do Estado exige, como condição necessária, a liberdade negativa, isto é, que o Estado não tolha os direitos da liberdade de expressão, da liberdade de imprensa, de associação, de religião, etc; aliás, diminuiriam as próprias condições de uma participação autônoma na formação dessa mesma vontade, como acontece nos regimes totalitários, onde os grupos que estão no poder organizam desde cima, sob lista única, a presença das massas no Estado. Mais: a democracia foi definida como Governo da maioria; mas, se essa maioria tivesse um poder absoluto e ilimitado, ela poderia subverter as regras do jogo e destruir assim as próprias bases da democracia, coisa sempre possível, se pensarmos que, em um grande Estado, a própria representatividade, ao limitar o princípio democrático, acarreta o perigo de que a vontade da maioria dos deputados não se ajuste sempre à vontade da maioria dos eleitores. Por conseguinte, hoje o Constitucionalismo não é outra coisa senão o modo concreto como se aplica e realiza o sistema democrático representativo.

A bem da verdade, como quase todos os conceitos aos quais aqui se alude, a democracia é carregada pela historicidade, de sorte que é constantemente reelaborada com o transcurso do tempo, variando de lugar e sociedade. Nesse diapasão, José Afonso da Silva¹²³ ensina que ela não é um valor em si, mas um instrumento de realização de valores essenciais que se consubstanciam em direitos fundamentais:

[...]Democracia é conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe (*sic*) o conteúdo a cada etapa do envolver social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um *processo* de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história.

Com efeito, a democracia é o caminho que conduz a uma decisão em tese autodeterminada, refletida e imparcial. Carlos Santiago Nino¹²⁴ a concebe como sucedâneo do discurso moral para justificar a interferência estatal e a regra de obediência ao direito posto. Explica-se.

A partir da concepção de que seres humanos são seres morais, o autor afirma que o discurso é um bom método de apreensão da verdade moral. Sendo assim, o discurso moral é uma técnica que pretende obter a convergência de condutas e atitudes mediante a coincidência de crenças em razões morais. Esse padrão de comportamento que o debate moral intenta

¹²³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 127-128.

¹²⁴ NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. 2. ed. ampl. y rev. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1989, p. 388.

produzir satisfaz as funções de reduzir os conflitos em sociedade e facilitar a cooperação entre indivíduos.¹²⁵

À vista disso, a democracia enquanto sucedâneo do discurso moral conferiria justificação para que as condutas humanas se portassem conforme o ordenamento jurídico. Ela se aproximaria de um “construtivismo epistemológico”. Isso significa, em última instância, que sua função prática é superar conflitos e alcançar cooperação com base no compartilhamento dos mesmos princípios de conduta.¹²⁶

Como um meio para a construção da decisão coletiva, deve-se levar em consideração a opinião do maior número possível de participantes. A participação deve tender à unanimidade, embora o acordo final possa ser majoritário. Assim, tem-se um procedimento do qual “todos são partes e todos são juízes”.¹²⁷

Segundo Nino¹²⁸, esse procedimento majoritário de tomada de decisões tende a produzir resultados que se aproximariam mais da imparcialidade que qualquer outro, desde que operado sem distorções. Um exemplo de distorção seria a formação de uma coalização majoritária que se voltasse contra os interesses de uma minoria.

Isso porque a tomada de decisões deve ocorrer em espaço público, monitorado pelos participantes, que esperam ter seus pontos de vista apreciados. Nesse ambiente, as pessoas exporiam suas propostas, ouvir-se-iam e decidiriam questões com respaldo amplo.¹²⁹ Em outras palavras, a democracia se fundaria na razão pública, na elaboração de um princípio geral que tenha passado pelo crivo de todos:

[...]Como, idealmente, isto deve fazer-se publicamente, ou, ao menos, deve haver suficiente comunicação entre os cidadãos, a proposta que alguém faz a outro não pode centrar-se exclusivamente nos interesses de ambos nem ser indiferente aos (*interesses*) dos outros, para não prejudicar a confiabilidade da pessoa que trata de suas negociações com esses outros.

O que o procedimento requer de cada participante é que exponha seus interesses de modo a que todos possam saber se (*seus interesses*) foram levados em conta em cada proposta, assim como seu ponto de vista acerca de qual seria o princípio que assinalaria um equilíbrio imparcial entre seus interesses e os das outras pessoas. A necessidade de reunir o maior número possível de aderentes para sua causa, juntamente com o modo em que, como acabamos de ver, cada um deve negociar esse

¹²⁵Ibidem, p. 103. Para que seja válido, esse discurso deve respeitar as mesmas condições sempre que alguém quiser expor suas alegações morais. O autor destaca o aspecto da autonomia da moral - que se move pelo consenso entre as pessoas, e não pela obediência dogmática ou sob a promessa de sanções, como o direito -, menciona, ainda, a publicidade - todos devem conhecer os princípios que norteiam o juízo moral -, a generalidade - as soluções normativas não devem se restringir a casos particulares -, a universalidade - todos podem se valer dos mesmos princípios para justificar suas condutas -, e a hierarquia das razões morais. Ibidem, p. 108-112.

¹²⁶ Ibidem, p. 389-390.

¹²⁷ Ibidem, p. 392.

¹²⁸ Ibidem.

¹²⁹ Ibidem, p. 392-393.

apoio, constituem um vigoroso incentivo para que cada um se restrinja a posições de imparcialidade.¹³⁰

A despeito de tais considerações, o autor ressalva que nem todas as democracias tutelam um debate livre, aberto e reflexivo, e a participação não abrange a todos os que sentem os reflexos da tomada de decisões. Daí a constatação de que existem muitas democracias frágeis no mundo.¹³¹

Nessa esteira, a democracia pode ser qualificada formalmente como um regime político¹³². Com base em professores da Universidade de Barcelona, José Afonso da Silva¹³³ afirma que regime político:

[...]Pressupõe a existência de um conjunto de instituições e princípios fundamentais que informam determinada concepção política do Estado e da sociedade, mas é também um conceito ativo, pois, ao fato estrutural há que superpor o elemento funcional, que implica uma atividade e um fim, supondo dinamismo, sem redução a uma simples atividade de governo[...].

Em outras palavras, o regime político é a conformação de fatores estruturais do Estado e da sociedade (a forma como se organiza), mais suas finalidades perseguidas, por isso é um elemento ao mesmo tempo dinâmico e estático. Por conseguinte, ele pode ser resumido a um princípio fundamental que informará o modo de vivência daquela sociedade, não só nas relações privadas, mas sobretudo no bojo do espaço público, revelando o modo como o poder é adquirido e exercido.

Da mesma forma, Canotilho¹³⁴ entende que o princípio democrático “aspira a tornar-se impulso dirigente de uma sociedade”, com objetivos políticos, econômicos, sociais e culturais. Enquanto princípio complexo, ele “implica estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir *inputs* políticos”. Portanto, é um “processo de continuidade transpessoal”, de compreensão dinâmica, numa

¹³⁰ Ibidem, p. 394-395. No original: “*Como, idealmente, esto debe hacerse publicamente, o, por lo menos, debe haber suficiente comunicación entre los ciudadanos, la propuesta que alguien hace a outro no puede centrarse exclusivamente en los intereses de ambos ni ser indiferente a los de los otros, para no perjudicar la confiabilidad de la persona que la hace en sus negociaciones con esos otros. Lo que el procedimiento requiere de cada participante es que exponga sus intereses de modo que todos puedan saber si han tomados en cuenta en cada propuesta, así como su punto de vista acerca de cuál sería el principio que señalaría un equilibrio imparcial entre sus intereses y los del resto de la gente. La necesidad de reunir el mayor número posible de adherentes para su casa, juntamente com el modo em que, como acabamos de ver, cada uno debe negociar esse apoyo, constituyen un vigoroso incentivo para que cada uno se acerque a posiciones de imparcialidad*”.

¹³¹ Ibidem, p. 396.

¹³² SILVA, op. cit., p. 127.

¹³³ Ibidem, p. 126.

¹³⁴ CANOTILHO, op. cit., p. 414-416.

sociedade aberta que permite a seus cidadãos o seu desenvolvimento integral em todos os âmbitos.

Numa perspectiva ampla, democracia é um processo dialético sempre incompleto. Isso porque está sempre se realizando, rompendo antíteses e angariando novos valores, em direção ao constante aperfeiçoamento humano.¹³⁵

O preâmbulo da Constituição brasileira¹³⁶ e o seu artigo 1º acusam que a República se edifica no princípio democrático, por meio da instituição de um Estado Democrático de Direito. O Estado Democrático veio na tentativa de sobrepujar as deficiências do Estado de Direito – fruto do liberalismo. Ele é ancorado na soberania popular, que impulsiona a efetiva participação do povo.¹³⁷ Adiante, ver-se-á que essa atuação não se exaure de modo algum na representação partidária.

Sendo assim, para José Afonso da Silva¹³⁸, o Estado Democrático de Direito não é uma simples justaposição de elementos do Estado de Direito e do Estado Democrático. Ele acrescenta um componente revolucionário, que seria a transformação do *status quo*. O instrumento de transformação social é a lei, que, inspirada nos anseios constitucionais, deverá promover justiça social e equiparação material. Condensando o pensamento, afirma:

[...]A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão[...]¹³⁹.

¹³⁵ SILVA, op. cit., p. 131.

¹³⁶ BRASIL, op. cit., nota 105.

¹³⁷ SILVA, op. cit., p. 120.

¹³⁸ Ibidem, p. 121. O autor anota oito princípios: (a) Princípio da constitucionalidade, por meio do qual o Estado Democrático de Direito “se funda na legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular que, dotada de supremacia, vincule todos os poderes e os atos deles provenientes”; (b) Princípio democrático, segundo o qual “há de constituir uma democracia representativa e participativa, pluralista, e que seja a garantia geral da vigência e eficácia dos direitos fundamentais (art. 1º)”; (c) Sistema de direitos fundamentais (constante dos títulos II, VII e VIII, da CRFB); (d) Princípio da justiça social, referido como princípio da ordem econômica e da ordem social (artigos 170 e 193, da CRFB); (e) Princípio da igualdade (art. 5º, caput, e inciso I, da CRFB); (f) Princípios da divisão de poderes (art. 2º da CRFB) e da independência dos juízes (art. 95 da CRFB); (g) Princípio da legalidade (art. 5º, II, da CRFB); e (h) Princípio da segurança jurídica (art. 5º, XXXLI a LXXIII, da CRFB). Em remate, leciona que a tarefa do Estado Democrático de Direito “consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social”. Ibidem, p. 124.

¹³⁹ Ibidem, p. 121.

Em passando em revista tal processo histórico, José Afonso da Silva¹⁴⁰ preleciona que o Estado de Direito é gerido pelo liberalismo burguês do século XVIII, sendo estruturado sobre os princípios da submissão ao império da lei, da divisão de poderes e da garantia dos direitos individuais. Chama atenção para a ausência de um adjetivo que qualifique o “Direito”, de forma que esse Estado de Direito pode se revestir de várias acepções.

Em decorrência do individualismo e do abstencionismo estatal, as injustiças que brotaram na sociedade europeia reclamaram a instalação de um Estado Social de Direito, ancorado na afirmação dos direitos sociais. Sem embargo, o autor novamente alerta que a palavra “Social” pode ser guarda-chuva para ideologias adversas, citando que a Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha, Portugal, a Inglaterra e até o Brasil do Estado Novo varguista eram considerados Estados Sociais. Ademais, o importante seria que não o Estado, mas o Direito fosse verdadeiramente social.¹⁴¹¹⁴²

¹⁴⁰ Ibidem, p. 114-115.

¹⁴¹ Ibidem, p. 117-118.

¹⁴² Parece haver nítida distinção entre democracia e outras formas de regimes políticos, mas não se confunde totalitarismo, fascismo, autoritarismo, salazarismo e franquismo, apesar de ser corrente o uso do termo autoritarismo associado a todos os sistemas antidemocráticos. Em apertada síntese, o totalitarismo é uma praxe política extrema na sociedade de massa que possui a natureza de penetração e mobilização total do corpo social, aniquilando a distinção entre o aparelho político-estatal e a sociedade. Seus elementos constitutivos são a ideologia, o partido único, o ditador e o terror. As condições que ensejaram o surgimento desse fenômeno foram a formação da sociedade industrial de massa, a persistência de uma arena mundial dividida e o desenvolvimento da tecnologia moderna. Pode-se dizer que essa dinâmica extrema teve lugar na Alemanha nazista (redução de nacional-socialista) e na Rússia stalinista (União Soviética). O fascismo, semelhante ao primeiro, é caracterizado pela monopolização da representação política concentrada em um partido único de massa e hierarquicamente organizado; pela ideologia de culto ao chefe; pela exaltação da nação e desprezo pelo individualismo liberal; pela abominação da colaboração entre classes, concentradas em um sistema corporativista, em oposição ao comunismo e ao socialismo; pela mobilização das massas; pelo aniquilamento das oposições por meio da violência e do terror; por um aparelho estatal de propaganda que captura a circulação de informações e os meios de comunicação; pelo dirigismo estatal das atividades produtivas, que permanecem na iniciativa privada; e pela lógica de fundir ao controle do partido ou do Estado as relações sociais, econômicas, culturais e políticas. Há diversas teorias que tentam explicar o fenômeno a partir de pontos de observação diferentes, sendo ainda um campo aberto para muitas críticas e pouca uniformização. Há uma certa tendência a nomear os regimes de Hitler e de Mussolini fascistas. Entretanto, a Itália fascista não se enquadra no totalitarismo por causa da penetração e da mobilização nunca terem alcançado níveis "totais", além da ausência discursiva da supremacia de uma raça eleita. Ademais, o partido fascista italiano e o terror do regime - como instrumento ideológico - não tiveram a pujança para atingir a autonomia das instituições como a magistratura e o exército; e a personificação do poder não foi suficiente para debelar a monarquia. O nacional-socialismo foi o movimento político e o regime caracterizado pela liderança de Adolf Hitler na Alemanha entre 1933-1945. Além das características delineadas acima, pode-se agregar que suas raízes históricas estão ligadas a um movimento de insatisfação e reação pela derrota na Primeira Guerra Mundial e suas consequências, como o Tratado de Versalhes, mas sobretudo a ideias mais antigas relacionadas ao processo de unificação do Estado alemão. Estas que almejavam a construção de um império pangermânico, de supremacia da raça germânica a partir da nação tardiamente unificada em direção à conquista do "espaço vital". Tal fenômeno se estruturava sobre um darwinismo social nacionalista e racista que canalizava sua agressividade principalmente contra os judeus, tidos como inimigos radicais, o que culminou com a morte de mais de seis milhões deles. O autoritarismo é um termo que se insere na qualificação de três contextos: da estrutura dos sistemas políticos; das disposições psicológicas a respeito do poder (personalidade autoritária); e das ideologias políticas. Em todos eles o ponto de união está na figura deturpada de autoridade, esta que é uma imposição de obediência opressora da liberdade e do consenso dos súditos. As ideologias autoritárias deitam raízes na concepção pré-industrial de sociedade, buscam a manutenção hierárquica de uma ordem desigual entre os homens. Já a personalidade autoritária ostenta traços de obediência por vezes adúladora aos superiores, que são os que detém a força e o poder, ao passo que os inferiores

A crítica feita é, como já exposto, que a igualdade do Estado de Direito clássico “se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja (*sic*) a generalidade das leis”¹⁴³. A abstração e a generalidade da lei seriam suficientes para guardar justiça e igualdade entre os homens (seres). A seu turno, o Estado Democrático se funda na participação popular e realiza o princípio democrático como garantia dos direitos fundamentais, contrapondo-se ao individualismo liberal.¹⁴⁴

A partir dessas considerações já se pode entrever que a antinomia entre os termos que dão nome a este capítulo é aparente. Em desanuviando esse panorama, Ronald Dworkin¹⁴⁵ preleciona a separação entre democracia e regra da maioria, afirmando que aquela é a regra da maioria legítima, que encontra algumas limitações condicionais. Explica-se.

Dworkin¹⁴⁶ se vale da fórmula de Lincoln para dizer que democracia é governo do povo. O povo atua por meio de ações coletivas, e essas podem ser interpretadas de duas formas. A ação coletiva estatística compreende o governo de indivíduos que se importam consigo mesmos, numa dimensão egoística. É um juízo estatístico, uma ação individual, apartada da noção de grupo. Quanto à ação coletiva, esta é comunitária, o que leva em consideração a formação de uma entidade apartada da individualidade, sendo, pois, um grupo. O autor cita uma orquestra, que envolve a individualidade de cada músico, mas que ganha existência própria quando da performance de uma sinfonia.

Essa distinção proporciona duas concepções correlatas de democracia:

hierárquicos são menosprezados com arrogância. Por fim, um regime político autoritário, de modo geral, se opõe a um democrático na medida que o Parlamento e as eleições são, quando não inexistentes, meramente cerimoniais, destacando-se grande concentração de poder no Executivo. Além disso, a oposição política é obstruída ou totalmente suprimida, podendo existir partido único; o pluralismo partidário é reduzido a simulacro; e a autonomia de outros grupos políticos é tolerada até certo ponto. Também existe o controle da educação e dos meios de comunicação até dado limite. Diante da abrangência dessa acepção, seria possível que assim se classificassem o fascismo e o nazismo, que, como visto, podem ser abarcados como fascismos. Contudo, o autoritarismo se diferencia do totalitarismo sobretudo em razão da penetração-mobilização da sociedade, que neste é muito alta, havendo uma total fusão entre sociedade e Estado ou aparelho do poder. Afora outras teorias, é nesse contexto que se inserem os regimes sob o comando de Franco e de Salazar, enquanto regimes autoritários conservadores, os quais, mesmo que tenham guiado uma parcial modernização econômica, social e política, obstinaram-se a impedir o desmoronamento da tradicional ordem social. C.f: STOPPINO, Mario. Autoritarismo. In: BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, op. cit., p. 94-104. STOPPINO, Mario. Totalitarismo. In: BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, op. cit., p. 1247-1259. SACCOMANI, Edda. Fascismo. In: BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, op. cit., p. 466-475. MORLINO, Leonardo. Franquismo. In: BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, op. cit., p. 525-528. BRACHER, Karl Dietrich. Nacional-socialismo. In: BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, op. cit., p. 806-812.

¹⁴³ SILVA, op. cit., p. 120.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 119.

¹⁴⁵ DWORKIN, Ronald. Constitucionalismo e Democracia. Tradução Emílio Peluso Neder Meyer. *European Journal of Philosophy*, v. 3, nº 1, p. 2-11, abr. 1995.

¹⁴⁶ Ibidem.

A primeira é uma concepção estatística: numa democracia as decisões políticas são tomadas de acordo com alguma função – uma maioria ou uma pluralidade – dos votos, decisões ou desejos de cidadãos individuais. A segunda é uma concepção comunitária: numa democracia as decisões políticas são tomadas por uma entidade distinta – o povo como tal – ao invés de qualquer arranjo de indivíduos um a um.¹⁴⁷

A título de exemplo, Rousseau¹⁴⁸ desenvolve uma concepção comunitária de democracia, por meio da “vontade geral”:

[...]Há às vezes diferença entre a vontade de todos e a vontade geral: esta atende só ao interesse comum, enquanto a outra olha o interesse privado, e não é senão uma soma de vontades particulares. Porém, tirando estas mesmas vontades, que se destroem entre si, resta para soma dessas diferenças a vontade geral.¹⁴⁹

Pari passu, Dworkin¹⁵⁰ entende que uma estrutura constitucional contém dois tipos de normas: possibilitadoras e limitadoras. As possibilitadoras têm a ver com a organização do Estado e do governo, logo disciplinam quem pode votar, quando ocorrem as eleições, como se dá a designação dos representantes. Já as normas limitadoras controlam os poderes conferidos pelas normas possibilitadoras aos representantes. Ambas são pré-requisitos para a democracia, principalmente as limitadoras, porque, repise-se, evitariam o arbítrio discriminatório da maioria contra a minoria.

Isso porque, ainda que se adotasse a concepção estatística da democracia, entende ele que uma maioria que decidisse em determinado sentido não proporcionaria, por si só, mais legitimidade a sua decisão, tampouco haveria justificativa moral para que a minoria se curvasse à vontade majoritária. O que certamente proporcionaria legitimidade ao voto da maioria seria a participação livre e igualitária de todos, desde que assegurados os direitos fundamentais das minorias:¹⁵¹

[...]Um voto da maioria não alcança a legitimidade requerida a menos que, primeiro, todos os cidadãos tenham a independência moral necessária para participar da decisão política como agentes morais livres, e a menos que, segundo, o processo político seja tal que trate todos cidadãos com igual consideração e respeito. Se isto está certo, os pressupostos da democracia incluem alguns direitos – quais deles é uma questão para se debater – tendentes a assegurar tais condições.¹⁵²

¹⁴⁷ Ibidem.

¹⁴⁸ ROUSSEAU, op. cit.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 44.

¹⁵⁰ DWORKIN, op. cit.

¹⁵¹ Ibidem.

¹⁵² Ibidem.

Portanto, o professor e filósofo norte-americano possui uma concepção de democracia constitucional, na qual a construção dos direitos fundamentais deve ser tal que “os cidadãos individuais tenham uma parte no coletivo, uma aposta nele e independência em relação a ele”¹⁵³.

Na mesma trilha, Canotilho¹⁵⁴ preleciona haver uma dinâmica dialética entre os institutos aqui trabalhados. Dado que o princípio democrático reclama a participação do povo na vida política, a garantia desse exercício se realiza por intermédio dos direitos fundamentais. Assim, a liberdade de expressão, o direito de associação, o sufrágio, são essencialmente direitos democráticos.

Importante sobrelevar que a democracia prescinde de qualquer pressuposto ou condição especial em relação às pessoas, basta que haja uma sociedade. “Não pressupõe que todos sejam instruídos, cultos, educados, perfeitos, mas há de buscar distribuir a todos instrução, cultura, educação, aperfeiçoamento, nível de vida digno.”¹⁵⁵

Ademais, como propala José Afonso da Silva¹⁵⁶, a igualdade (substancial) é o ponto de partida da democracia, bem como a liberdade, porquanto sem eles não se alcançam os demais valores e objetivos perseguidos pelo direito. Por derradeiro, para sacramentar o elo: “a democracia é o regime de garantia geral para a realização dos direitos fundamentais do homem”¹⁵⁷.

A democracia é uma palavra polissêmica e carregada de historicidade. Como tal, elucida-se a seguir alguns de seus modelos que trazem conceitos que desaguam, importantes, nos cenários político e jurídico atuais.

Platão¹⁵⁸ entendia que uma Cidade deveria ser governada por filósofos, pois pessoas distintas e de maior aptidão para o governo, seriam eles o único caminho para a felicidade¹⁵⁹. Para ele, a democracia era uma forma de governo que se originava da corrupção da oligarquia.

¹⁵³ Ibidem. Assim, preleciona que a comunidade deve reconhecer em cada pessoa a possibilidade de modificar e atuar na realidade política. Ela deve valorizar igualmente as vozes de cada cidadão e se importar com seus interesses também de forma equânime. Além do que, as decisões referendadas pelo grupo devem ser a fonte de legitimidade para a coerção dos dissidentes.

¹⁵⁴ CANOTILHO, op. cit., p. 431.

¹⁵⁵ SILVA, op. cit., p. 130.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 134.

¹⁵⁷ Ibidem.

¹⁵⁸ PLATÃO. *A República*. Disponível em: <https://www.baixelivros.com.br/ciencias-humanas-e-sociais/filosofia/a-republica>. Acesso em: 18 out. 2020.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 237. Dando voz a Sócrates: “enquanto os filósofos não forem reis nas cidades, ou aqueles que hoje denominamos reis e soberanos não forem verdadeira e seriamente filósofos, enquanto o poder político e a filosofia não convergirem num mesmo indivíduo, enquanto os muitos caracteres que atualmente perseguem um ou outro destes objetivos de modo exclusivo não forem impedidos de agir assim, não terão fim, meu caro Glauco, os males das cidades, nem, conforme julgo, os do gênero humano, e jamais a cidade que nós descrevemos será edificada. Eis o que eu hesitava há muito em dizer, prevendo quanto estas palavras chocariam o senso comum. De fato, é difícil conceber que não haja felicidade possível de outra maneira, para o Estado e para os cidadãos”.

Nela, os pobres expulsavam os ricos e repartiam entre iguais os cargos públicos por sorteio. O homem democrático é licencioso, entregue à cupidez de seus desejos, já não se compraz com disciplina e hierarquia cívica, o que ocasionaria a tirania.¹⁶⁰

Seu discípulo Aristóteles¹⁶¹ a concebe igualmente enquanto regime viciado oriundo da república. Esta seria legítima pois um regime que se ocuparia do interesse geral; já a democracia (que pode ser influenciada por um demagogo), do interesse de muitos, sobretudo pobres.

A bem da verdade, a democracia direta grega foi a precursora da democracia ocidental moderna, que teve como maior expoente a Cidade-estado de Atenas. Esse modelo se baseava na deliberação direta dos cidadãos em praça pública (*Ágora*), sem a necessidade de intermediários (representantes) para a veiculação e defesa de seus pleitos. Os cidadãos podiam submeter seus projetos de lei para debate em Assembleia (*Ecclesia*), órgão responsável por discutir os principais assuntos da *pólis*, de projetos de leis a nomeações de cargos.¹⁶²

Ocorre que esse modelo ancestral tão aclamado ostentava alguns percalços intransponíveis. A começar pelo fato de que a escravidão era a instituição que permitia o envolvimento dos assim ditos cidadãos com os assuntos políticos. Os gregos livres dispunham de mais tempo livre em razão de seus escravos. Não era só. Esse sistema de governo proibia também a inserção de mulheres e estrangeiros, pois que não gozavam da condição de cidadãos.¹⁶³

Ademais, outra crítica se baseava na impossibilidade física de se reunir um grande número de pessoas em espaços abertos. Vale lembrar que a Grécia era dividida em Cidades-estados, territórios de pequena circunscrição, e que cerca de 10% da população possuía direitos

¹⁶⁰ Ibidem, p. 296-338. “Aqui tens o que acontece e outros pequenos abusos como estes. O mestre receia os discípulos e lisonjeia-os, os discípulos fazem pouco-caso dos mestres e dos pedagogos. De modo geral, os jovens imitam os mais velhos e disputam com eles em palavras e ações. Os idosos, por seu lado, sujeitam-se às maneiras dos jovens e mostram-se cheios de gentileza e petulância, imitando a juventude, com medo de serem considerados enfadonhos e despóticos.” (...) “Verdadeiramente, a tirania não se originou [de] nenhum outro governo senão da democracia, seguindo-se aí liberdade extrema, penso eu, uma extrema e cruel servidão.”

¹⁶¹ ARISTÓTELES, op. cit., p. 73.

¹⁶² NÁRDIZ, op. cit., p. 23. O autor descreve o procedimento de tramitação de um projeto de lei, que, de modo sucinto, iniciava-se com a propositura do cidadão perante a *ecclesia*, após o que passava para o Conselho ou Senado, chamado *Bulé*, munido da competência de objeção, e para os *arcontes temotestas*, estes encarregados de revisar e analisar a lei de forma preventiva, apontando contradições ou invenções perigosas, e podendo sugerir emendas. Caso aprovado, o projeto era avaliado pela Assembleia que, após ouvir as críticas ao projeto e a defesa de seu autor, decidiria pela continuidade ou não do trâmite. Em seguida, os *nemotestas* estudavam a necessidade de se revogar as leis anteriores colidentes em caso de aprovação final do projeto. Por fim, deliberava-se pela aprovação ou reprovação. Em paralelo a isso, havia a possibilidade de qualquer cidadão impugnar a legalidade do projeto durante a tramitação. Esta impugnação se chamava *grafé paronomon*, reconhecida como antecedente distante do atual controle de constitucionalidade. Ibidem, p. 25-27.

¹⁶³ Ibidem, p. 22-23.

políticos. Esse percentual se limitava aos mais abastados, os que podiam ter escravos e não precisavam trabalhar.¹⁶⁴

A democracia representativa, por sua vez, também chamada de democracia indireta, é aquela em que o exercício do poder ocorre por meio de representantes ou intermediários. Seu princípio reitor de participação é consubstanciado no mandato político-representativo. Os titulares desse mandato, os representantes, não atuam individualmente senão inseridos em um partido político.

Portanto, ela é fortemente marcada pela presença dos partidos políticos, os grandes articuladores da democracia representativa. Por meio deles é que se dá a participação dos cidadãos, e são eles que aglutinam demandas sociais, direcionam programas políticos, concorrem para a manifestação da vontade popular e expressam o pluralismo político.¹⁶⁵

As origens da representação se ligam ao rompimento das formas medievais de representação – estamentais –, nas quais sociedade e Estado compartilhavam o mesmo destino, sendo os interesses pensados numa perspectiva de grupo. À medida que as monarquias europeias iam se “absolutizando”, crescia um movimento de busca por liberdade política, religiosa e científica que priorizava todos os âmbitos da existência humana.¹⁶⁶ Mais tarde uma confluência de fatores faria com que a Modernidade desabrochasse com o auxílio do individualismo proporcionado pelo contratualismo, como esboçado no capítulo anterior.

Decorre que a representação foi engendrada pelos ideais revolucionários liberais junto com a realocação da titularidade da soberania do monarca para o povo, ou – como inicialmente prevaleceu na França – para a nação.¹⁶⁷ Isso remete às questões de cidadania, logo ao mandato que informa a relação entre representantes e representados.

Nesse ponto, uma importante distinção é feita por Benjamin Constant¹⁶⁸ sobre a liberdade que orientava os antigos e os modernos. Para ele, a liberdade de sua época era a

¹⁶⁴ Ibidem, p. 21 e p. 30.

¹⁶⁵ Ibidem, p.113.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 47-48.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 61-62

¹⁶⁸ CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. *Filosofia política*. Porto Alegre: L&PM, 1985, p. 9-25. Consolidando sua orientação, confira-se: “[...]não podemos mais desfrutar da liberdade dos antigos, a qual se compunha da participação ativa e constante do poder coletivo. Nossa liberdade deve compor-se do exercício pacífico da independência privada. A participação que, na antiguidade, cada um tinha na soberania nacional não era, como em nossos dias, uma suposição abstrata. A vontade de cada um tinha uma influência real; o exercício dessa vontade era um prazer forte e repetido, em consequência, os antigos estavam dispostos a fazer muitos sacrifícios pela conservação de seus direitos políticos e de sua parte na administração do Estado. Cada um, sentindo com orgulho o que valia seu voto, experimentava uma enorme compensação na consciência de sua importância social. Essa participação já não existe para nós. [...]O exercício dos direitos políticos somente nos proporciona pequena parte das satisfações que os antigos nele encontravam [...]. O objetivo dos antigos era a partilha do poder social entre todos os cidadãos de uma mesma pátria. Era isso e que eles denominavam liberdade. O objetivo os modernos é a segurança dos privilégios privados; e eles chamam liberdade as garantias concedidas

individual, mais afeita a um núcleo indevassável pelo Estado, de conotação negativa, absenteísta. Noutra giro, os antigos sacrificavam-na em prol da liberdade política, coletiva. O ponto de disjunção entre ambas está no respeito aos direitos individuais¹⁶⁹.

Em contraste com a democracia dos antigos, a democracia representativa também é conhecida por ser a democracia liberal, defendida por filósofos do século XIX como a única que se enquadraria na concepção de Estado liberal. Nesse modelo, o Estado seria guardião de alguns direitos fundamentais, sobretudo os ligados ao núcleo liberdade – como liberdade de expressão, de imprensa, de reunião –, mas o dever de feitura das leis caberia ao corpo de eleitos, não a todo o povo.¹⁷⁰

Na concepção liberal, a antiga participação política foi integrada aos direitos fundamentais de liberdade que se conquistou em face do Estado, de onde emanaria o direito de votar e ser votado. Sendo assim, o substrato democrático residiria na livre (liberdade) participação política segundo a vontade autônoma de cada indivíduo.¹⁷¹

Tendo em vista a predominância ocidental de países com tradições liberal-democráticas, as definições de democracia resultaram num significado formal, com ênfase nas “regras do jogo”. Ela ganha um conceito procedimental concernente ao modo de como decidir, não sobre o quê decidir. Por meio dessas regras, somente as decisões que não as tiverem observado merecem ser proscritas. À proporção que os países respeitem os “procedimentos universais”, eles poderão ser classificados como mais ou menos democráticos.¹⁷²

Em contraponto ao significado formal existe o significado substancial que enfatiza, em vez dos meios, os fins colimados pela democracia, sobretudo a igualdade jurídica, econômica e social¹⁷³. A “democracia perfeita”, segundo Bobbio, seria a união das versões formal e substancial, um governo do povo (formal) e para o povo (substancial), sendo, porém, um modelo utópico.

pelas instituições a esses privilégios”. Em suma: “a liberdade individual, repito, é a verdadeira liberdade moderna. A liberdade política é sua garantia e é, portanto, indispensável. Mas pedir aos povos de hoje para sacrificar, como os de antigamente, a totalidade de sua liberdade individual à liberdade política é o meio mais seguro de afastá-los da primeira, com a consequência de que, feito isso, a segunda não tardará a lhe ser arrebatada”.

¹⁶⁹ NÁRDIZ, op. cit., p. 95.

¹⁷⁰ BOBBIO, op. cit., p. 323-324.

¹⁷¹ Ibidem.

¹⁷² Algumas das regras procedimentais elencadas por Bobbio (democracia em sentido formal): 1) o órgão político máximo (Legislativo) deve ser composto de membros direta ou indiretamente eleitos pelo povo; 2) deverá haver outras instituições com dirigentes eleitos (chefe do Executivo por exemplo); 3) sufrágio universal; 4) igualdade de voto, ou seja, um voto um peso; 5) eleitores livres e cuja opinião seja formada da forma mais livre possível; 6) os eleitores devem ter reais alternativas de voto, excluindo-se a eleição de lista única ou bloqueada; 7) vigência do princípio da maioria numérica para a tomada de decisões; 8) nenhuma decisão deve violar o direito da minoria. Ibidem, p. 326-327.

¹⁷³ Essa concepção se aproxima da visão socialista de democracia. Ibidem, p. 324-329.

Em regressando à democracia representativa, embora ela faça do processo eleitoral o seu ápice, não deve ser reduzida a isso. Quando o povo vai às urnas periodicamente para escolher seus representantes, é o mandato representativo que dá a estes a legitimidade para exercerem a soberania em nome daquele. Com isso, o Estado formula sua vontade e adquire condições de se manifestar e de se “corporificar” em órgãos governamentais.¹⁷⁴

O mandato representativo possui três características, ele é geral, livre e irrevogável em tese. É dito geral, dado que o eleito por determinada circunscrição ou estado da federação, por exemplo, não se torna parlamentar privado de seu eleitorado, mas se identifica com todos. Diz-se livre pois, uma vez eleito, o representante não se vincula à vontade dos que o elegeram, sendo a antítese do mandato imperativo. Mesmo que seus eleitores o transmitam instruções e comuniquem suas posições, ele não está juridicamente obrigado a segui-las, tampouco a prestar contas de suas convicções, tendo em vista as garantias constitucionais.¹⁷⁵ Nada lhes impede, porém, sendo costumeiro, que haja uma prestação de contas política com vistas na renovação do mandato.

Já em 1774, após ser eleito como um dos representantes da cidade de Bristol para o Parlamento inglês, Edmund Burke¹⁷⁶ proferiu um discurso a seu eleitorado, afirmando qual seria a essência da relação que travaria com ele. São suas palavras:

[...]Certamente, cavalheiros, deveria ser a felicidade e a glória de um representante viver na mais estreita união, na mais próxima correspondência e na menos reservada comunicação com seus representados. Seus desejos deveriam ter grande peso para ele; suas opiniões, grande respeito; seus negócios, incansável atenção. É seu dever sacrificar seu repouso, seu *prazer, suas satisfações, em benefício deles (sic)* – e, acima de tudo, sempre, e em todos os casos, preferir os interesses deles aos seus próprios. Mas sua opinião desenhada, seu julgamento maduro, sua consciência esclarecida, ele não deveria sacrificar por vocês, por qualquer homem, ou por qualquer conjunto de homens vivos. Esses atos que ele pratica não derivam do prazer de vocês – não, nem da lei ou da Constituição. Eles são uma confiança na Providência, por cujo abuso ele é profundamente responsável. Seu representante deve-lhes não somente sua diligência, mas seu julgamento; ele trai-os, em vez de servi-los, caso ele sacrifique seu julgamento em favor da opinião de vocês. Meu valoroso colega afirma que ele deveria ser subserviente a vocês. Se isso fosse tudo, a coisa seria inocente. [...] Expor uma opinião é o direito de todos os homens; a dos representados é uma opinião significativa e respeitável, que um representante deveria sempre se regozijar de ouvir e a qual ele deveria sempre considerar muito seriamente. Mas instruções *impositivas (sic)*, assuntos *mandados (sic)*, aos quais o membro [do Parlamento] está destinado cega e implicitamente a obedecer, a votar e a discutir em seu favor – essas são coisas completamente desconhecidas pelas leis desta terra e que surgem de um erro fundamental sobre a ordem e o espírito completos de nossa Constituição. O Parlamento não é um *congresso (sic)* de embaixadores de interesses diferentes e hostis, cujos interesses cada um deve assegurar, como um agente e um defensor,

¹⁷⁴ SILVA, op. cit., p. 140.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 141.

¹⁷⁶ BURKE, Edmund. Discurso aos eleitores de Bristol. Tradução Gustavo Biscaia de Lacerda. *Revista de Sociologia e Política*. Curitiba, v. 20, n. 44, p. 97-101, nov. 2012, p. 97-101.

contra outros agentes e defensores; mas o Parlamento é uma assembleia *deliberativa (sic)* de *uma (sic)* nação, com *um (sic)* interesse, o da totalidade – em que nenhum propósito local, nenhum preconceito local, deveria guiar, exceto o bem comum, resultante da razão geral da totalidade. Você escolhe um membro, de fato; mas quando você escolhe-o, ele não é membro de Bristol, mas é um membro do *Parlamento (sic)*.¹⁷⁷

Além disso, é dito irrevogável pois o mandato é exercido durante o tempo previsto pelo ordenamento, de sorte que apenas haverá a destituição nos casos igualmente previstos¹⁷⁸. Se no Brasil, o mandatário perderia o mandato nas hipóteses elencadas nos artigos 55 e 56 da CRFB¹⁷⁹.

Esse modelo puro de democracia representativa, de certo modo, figurou predominante em boa parte do globo até meados do século passado. Muitas críticas foram tecidas a ele, mormente no seu viés participativo, o que deu azo a seu constante declínio até hoje.

2.2. Crise democrática?

Sem prejuízo dos demais tipos de democracia, é pertinente que se faça, neste subcapítulo, as considerações acerca da possível crise democrática destravada pelo sistema representativo. Com isso, a compreensão pode seguir uma linha lógica e razoavelmente cronológica da sucessão dos fatos.

Repise-se que o sistema de representação foi engendrado no bojo do liberalismo, para atender aos anseios da burguesia nascente. Com efeito, esse sistema apartou as massas do centro do poder ao depositar na nação o centro da soberania, surrupiando esta aos representantes por meio de um mandato livre, o que Bonavides¹⁸⁰ chama de doutrina da “duplicidade”:

[...]A “duplicidade” foi o ponto de partida para a elaboração de todo o moderno sistema representativo, nas suas raízes constitucionais, que assinalam o advento do Estado liberal e a supremacia histórica, por largo período, da classe burguesa na sociedade do Ocidente. Com efeito, toma-se aí o representante politicamente por nova pessoa, portadora de uma vontade distinta daquela do representado, e do mesmo passo, fértil de iniciativa e reflexão e poder criador.¹⁸¹

¹⁷⁷ Ibidem.

¹⁷⁸ SILVA, op. cit., p. 141.

¹⁷⁹ BRASIL, op. cit., nota 105.

¹⁸⁰ BONAVIDES, op. cit., 2000, p. 258.

¹⁸¹ Ibidem. “Dessa concepção se extraem com invejável perfeição lógica todos os corolários do sistema representativo que tem acompanhado as formas políticas consagradas ou chanceladas pelo velho constitucionalismo liberal: a total independência do representante, o sufrágio restrito, a índole manifestamente adversa do liberalismo aos partidos políticos, a essência do chamado ‘mandato representativo’ ou ‘mandato livre’, a separação de poderes, a moderação dos governos, o consentimento dos governados.”

No âmago dessa doutrina, escamoteado, ao povo não lhe é permitido governar, faltando-lhe atributos como capacidade para gerir os negócios coletivos, na linha do afã platônico-socrático. Montesquieu¹⁸² afirma que “a grande vantagem dos representantes é que eles são capazes de discutir os assuntos. O povo não é nem um pouco capaz disto (*sic*), o que constitui um dos grandes inconvenientes da democracia”.

O ápice dessa doutrina isolava o eleitor às idas periódicas para o pleito. Uma vez escolhidos, os representantes ganhavam autonomia e exerciam a vontade criadora em nome dos cidadãos, sem se preocupar com a fidelidade de vontades. Isso novamente soava peculiar, como uma antiga ordem política aristocrática.¹⁸³

Esse cenário começa a desanuviar no decorrer do século passado com a incorporação de artifícios da democracia semidireta no bojo das Constituições. Porém, Rousseau¹⁸⁴ já disferia críticas à doutrina da duplicidade, que, como preleciona Bonavides¹⁸⁵, foram abrandadas por razões utilitaristas ou pragmáticas frente às necessidades de auto-organização do Estado.

Inicialmente, o filósofo suíço compreende que “não sendo a soberania senão o exercício da vontade geral, não pode alienar-se, e ainda que seja o soberano, que é o ser coletivo, não pode representar-se senão por si mesmo”¹⁸⁶. Com isso, sacramenta que esse poder é inalienável: “se o povo promete simplesmente obedecer, dissolve-se por este ato, perdendo sua qualidade de povo”¹⁸⁷. De mais a mais, “pela mesma razão que a soberania é inalienável, é indivisível, porque a vontade é ou não geral: é a de todo o povo ou a de uma parte dele”¹⁸⁸.

Então no tocante aos representantes, sua palavra não poderia ser outra:

[...]A soberania não pode ser representada, pela mesma razão que não pode ser alheada. Consiste essencialmente na vontade geral, e esta não se representa. É a mesma ou é outra, e nisto não há termo médio. Os deputados do povo não são, pois, nem podem ser, seus representantes, são simplesmente seus comissários que não estão aptos a concluir definitivamente. Toda lei que o povo pessoalmente não retificou (*sic*) é nula e não é uma lei. O povo inglês pensa ser livre e engana-se. Não o é senão durante a eleição dos membros do Parlamento. Uma vez estes eleitos, torna-se escravo e nada mais é. [...]A ideia dos representantes é moderna, procede do governo feudal [...]. Nas antigas repúblicas, e mesmo nas monarquias, jamais o povo teve

¹⁸² MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 171. Em seguida, retoma: “havia um grande vício na maioria das antigas repúblicas: é que o povo tinha o direito de tomar decisões ativas, que demandavam alguma execução, coisa da qual ele é incapaz. Ele só deve participar do governo para eleger seus representantes, o que está bem a seu alcance. Pois, se há poucas pessoas que conhecem o grau preciso da capacidade dos homens, cada um é capaz, no entanto, de saber, em geral, se aquele que escolhe é mais esclarecido do que a maioria dos outros”.

¹⁸³ BONAVIDES, op. cit., 2000, p. 264.

¹⁸⁴ ROUSSEAU, op. cit.

¹⁸⁵ BONAVIDES, op. cit., 2000, p. 271.

¹⁸⁶ ROUSSEAU, op. cit., p. 41.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 42.

representantes ou conheceu este vocábulo [...]. Sendo a lei a declaração da vontade geral está claro que no poder legislativo não pode o povo ser representado, porém, pode e deve sê-lo no poder executivo, que é força aplicada à lei. Isto (*sic*) explica que poucas nações possuam verdadeiras leis. [...]Seja como for, quando um povo nomeia representantes, deixa de ser livre.¹⁸⁹

Outro percalço observado pelo pensador genebrino é a corrupção associada aos representantes. Ele afirma que uma das maiores desvantagens de grandes Estados é a impossibilidade de manifestação direta do Legislativo. O lado ruim disso, normalmente predominante, é a maior propensão de os representantes sucumbirem à corrupção, a exemplo do *liberum veto*¹⁹⁰ polonês, o que transmudaria o Legislativo de órgão da liberdade para instrumento de escravidão do povo.¹⁹¹

A corrupção¹⁹² é um mal que parece acometer qualquer democracia. Não à toa Montesquieu afirma que a virtude é o motor da democracia, sendo requisitada a probidade: “pois fica claro que numa monarquia, onde aquele que faz executar as leis julga estar acima das leis, precisa-se de menos virtude do que num governo popular, onde aquele que faz executar as leis sente que está a elas submetido e que suportará seu peso”¹⁹³.

Por fim, Rousseau¹⁹⁴ revela duas saídas para esse problema. A primeira delas é conferir maior rotatividade aos membros do Legislativo, de sorte que haja eleições frequentes, o que dificultaria tais desvios. Além disso, a segunda proposta é jungir os representantes a seguirem as instruções de seus sufragistas, podendo, ainda, prestar-lhes contas de sua conduta.

Fato é que a doutrina da duplicidade teve de ceder à ascensão das teses vinculadas à classe obreira, em virtude das desgastadas relações trabalhistas e da aguda crise social perpetrada pelo capitalismo. As tendências contemporâneas indicam que a sociedade de massas

¹⁸⁹ Ibidem, p. 103-104.

¹⁹⁰ Prerrogativa dos nobres que compunham a *Sejm* (Parlamento polonês) muito usada entre meados do século XVII até o último quarto do século XVIII na *Commonwealth* polonesa. Por meio dessa prática, qualquer parlamentar poderia suspender as deliberações com base no princípio da unanimidade das deliberações e tendo em vista a igualdade entre os nobres. Inicialmente, tal prática era vista como uma ferramenta a favor a liberdade republicana e contra os desígnios do rei monarquista. Porém, o tempo revelou que os parlamentares a desvirtuaram para paralisar as pautas em busca de seus próprios interesses. Não raro, muitos eram subornados para paralisarem as deliberações propositalmente. MCKENNA, Catherine Jean Morse. *The Curious Evolution of the Liberum Veto: Republican theory and practice in the polish-lithuanian Commonwealth (1639-1705)*. 2012. 211 f. Dissertação (Doutorado em Filosofia da História). Georgetown University. Washington, D.C. 2012, p. 3-12. Disponível em: <<https://repository.library.georgetown.edu/handle/10822/557618>>. Acesso em: 12. nov. 2020.

¹⁹¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Considerations on the Government of Poland and on its Proposed Reformation*. Disponível em: <https://www.files.ethz.ch/isn/125482/5016_Rousseau_Considerations_on_the_Government_of_Poland.pdf>. Acesso em: 12. nov. 2020, p. 16.

¹⁹² Emprista-se tanto o sentido de desvirtuação das características originais de algo, tais como nas obras platônicas e aristotélicas, quando há deturpação das formas de governos no momento em que elas passam a desleixar do bem comum, quanto o sentido de crime de corrupção.

¹⁹³ MONTESQUIEU, op. cit., p. 32-33.

¹⁹⁴ ROUSSEAU, op. cit., nota 191, p. 17.

é voltada “a cercar as faculdades do representante, jungi-las a organizações partidárias e profissionais ou aos grupos de interesses e fazer o mandato cada vez mais imperativo”.¹⁹⁵

Na mesma toada, Norberto Bobbio¹⁹⁶ destaca que as críticas fundamentais à democracia representativa sempre perpassaram duas questões. A primeira seria a proibição do mandato imperativo em prejuízo de um vínculo mais estreito entre representante e representado, enquanto a segunda seria a representação apenas dos interesses gerais em detrimento dos interesses particulares ou orgânicos de determinada categoria.

Mais além, Bolio¹⁹⁷ apresenta quatro fatores que elucidariam a erosão do sistema representativo. Dentre eles sobrepõe-se o que chamou de “partidocracia”, que se traduz num processo de “oligarquização”, isto é, numa concentração de poder nos partidos, que passam a se distanciar de suas bases no logro de interesses particulares.

A doutrina da duplicidade, portanto, é combatida pela doutrina da identidade, que:

[...]Em boa lógica retira ao representante todo o poder próprio de intervenção política animada pelos estímulos de sua vontade autônoma e o acorrenta sem remédio à vontade dos governados, escravizando-o por inteiro a um escrúpulo de “fidelidade” ao mandante. É a vontade deste que ele em primeiro lugar se acha no dever de “reproduzir”, como se fora fita magnética ou simples folha de papel carbono.¹⁹⁸

Desse modo, a doutrina da identidade está para a soberania popular assim como a doutrina da duplicidade está para a soberania nacional. Conquanto esta permaneça latente, a doutrina da identidade ganhou repercussão com o advento do sufrágio universal¹⁹⁹, quando os corpos constitucionais incorporaram instrumentos plebiscitários, sem excluir as antigas formas de representação.²⁰⁰

A incorporação de tais instrumentos plebiscitários se refere aos instrumentos da democracia semi-direta, a qual, incorporação, tem por escopo buscar aproximação com a teoria

¹⁹⁵ BONAVIDES, op. cit., 2000, p. 258 e 273.

¹⁹⁶ BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. Uma defesa das regras do jogo. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz&Terra, 2019, p. 80.

¹⁹⁷ BOLIO, Francisco José Paoli. Crisis de la Democracia Representativa. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. Puebla*, nº 25, p. 161-173, 2010.

¹⁹⁸ BONAVIDES, op. cit., 2000, p. 258.

¹⁹⁹ A doutrina jurídica distingue o sufrágio universal do restrito. O sufrágio restrito está na base da noção que advoga o governo dos melhores, inerente ao sistema representativo. Por isso, impunham-se uma série de restrições ao voto por critérios de riqueza, instrução ou nascimento. Daí surgiram o sufrágio censitário (riqueza), capacitário (instrução), e aristocrático ou racial (nascimento, classe social ou raça). Lado outro, o sufrágio universal é aquele em que “a faculdade de participação não fica adstrita às condições de riqueza, instrução, nascimento, raça e sexo”, mas outros requisitos não discriminatórios são impostos. Bonavides afirma que, a rigor, não há sufrágio completamente universal. A despeito de mencionado pelos revolucionários franceses e até adotado pela Constituição francesa de 1793, a propagação do sufrágio universal se iniciou no século XIX em Inglaterra, França e EUA. Confira-se em BONAVIDES, op. cit., 2000, p. 296-305.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 273-274.

da identidade de vontades.²⁰¹ O primeiro documento que serviu de paradigma foi a Constituição alemã de Weimar de 1919. Ela reconheceu alguns mecanismos de democracia participativa, como a iniciativa legislativa popular e diversos referendos, dentre os quais o que poderia alterar a própria Constituição, o que ratificaria as leis ordinárias e o que poderia revogar o mandato presidencial²⁰².

Sem embargo, o termo democracia participativa começou a ser cunhado entre as décadas de sessenta e setenta do século XX, numa época de inquietações com o bem-estar social keynesiano.²⁰³ Esse modelo não visa a suplantiar a representação, antes se desenvolve com supedâneo nela, quiçá como resposta à crise de legitimidade proporcionada pela antiga estrutura. Dessa forma, nas palavras de Nárdiz:

[...]A democracia participativa consiste em uma série de instrumentos ou mecanismos jurídicos – referendos, iniciativas populares, etc. – cuja introdução se pretende na democracia representativa com o objetivo e a vontade de complementá-la fazendo-a mais participativa ao ampliar a participação popular no governo da comunidade, com o desejo de não só aproximar o governo dos cidadãos e aprofundar o direito deles mesmos à participação política, mas também com a vontade de controlar melhor os seus governantes, de submetê-los, mediante tais instrumentos de participação popular, a uma maior transparência e a um controle mais severo por parte dos cidadãos²⁰⁴.

Nota-se que a democracia participativa não é sinônimo de democracia direta, tampouco intenta colocar a democracia representativa nas gavetas da história como um capítulo obsoleto. Ela emerge dos quadros representativos e se aproveita das conquistas que a liberdade

²⁰¹ Ibidem, p. 267 e 273-274.

²⁰² NÁRDIZ, op. cit., p. 90-91.

²⁰³ Nárdiz racconta que, além das raízes sociais e econômicas que jaziam debaixo do panorama da época, “as instituições centrais da representação no modelo de governo tradicional – partidos e eleições – têm dificuldades relativas a sua legitimação. Os partidos perdem sua identidade ideológica tradicional e a fidelidade de suas vontades. Os programas políticos dos partidos se debilitam em profundidade ideológica e os candidatos são escolhidos mais pelo marketing do que pela capacidade pessoal. Cresce a partidocracia. Há pouca transparência política. Aumenta o abstencionismo eleitoral. Diante disso surgem os apelos por maior participação popular, o desejo de introduzir mecanismos de democracia participativa na democracia representativa”. No original: “*las instituciones centrales de la representación en el modelo de gobierno tradicional -partidos políticos y elecciones- tienen dificultades en lo relativo a su legitimación. Los partidos políticos pierden su identidad ideológica tradicional y la fidelidad de sus vontades. Los programas políticos de los partidos se debilitan en su profundidad ideológica y los candidatos se escogen más por mercadotécnica que por capacidad personal. Crece la partidocracia. Hay poca transparencia política. Aumenta el abstencionismo electoral. Ante esto aparecen las peticiones de mayor participación popular, el deseo de introducir mecanismos de democracia participativa en la democracia representativa*”. Ibidem, p. 119.

²⁰⁴ “la democracia participativa consiste e una serie de instrumentos o mecanismos jurídicos -referendos, iniciativas populares, etc.- cuya introducción se pretende en la democracia representativa con el objetivo y la voluntad de complementarla haciéndola más participativa al ampliar la participación popular em el gobierno a los ciudadanos y profundizar en derecho de los mismos a la participación política, sino también con la voluntad de controlar mejor a los governantes, de someterlos, mediante dichos instrumentos de participación popular, a una mayor transparencia y a um control más severo por parte de los ciudadanos.” Ibidem, p. 127.

dos modernos trouxe a lume. No Brasil²⁰⁵, os mecanismos adotados foram o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de projetos de lei.

Não obstante, conforme Bonavides²⁰⁶, o princípio democrático da identidade – que pretende aproximar os governados do poder – já nasceu como uma nova ilusão do sistema representativo, por causa da ação usurpatória de grupos de pressão. Tais grupos podem ser mais expressivos que muitos partidos “e se fazem portadores verdadeiros e inevitáveis daquela vontade, convertida, através de atos legislativos, em suposta expressão do ‘bem comum’, da ‘vontade popular’, do ‘interesse geral’”.

Em consequência, há uma ruptura dos ideais representativos, uma vez que, apesar de assentados no pluralismo reinante no seio da sociedade civil, esses grupos promovem a normatização de seus próprios interesses. São eles muitas vezes “as forças vivas e condicionantes do processo governativo”²⁰⁷.

Outro elemento que, segundo Nárdiz²⁰⁸, informa a democracia participativa está na obra de Habermas²⁰⁹. Assim, a sociedade civil apta a manejar tais instrumentos de participação deve captar os problemas sociais em âmbito particular e levá-los à esfera pública política. O espaço ou esfera pública “pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos”²¹⁰.

Por sua vez, é a sociedade civil que, formada por associações, organizações e movimentos não estatais e não econômicas, canaliza as estruturas de comunicação do espaço público, reverbera os problemas privados e os transformam em questões relevantes.²¹¹ Por derradeiro, é nesse processo democrático de legiferação que Habermas concentra a legitimidade do direito²¹².

Diante disso, para que se identifique e se solucione os problemas em comunidade, é preciso que a participação seja veiculada pelos mecanismos da democracia participativa. Isso

²⁰⁵ Art. 14, I, II e III; e art. 61, §2º, ambos da CRFB. BRASIL, op. cit., nota 105.

²⁰⁶ BONAVIDES, op. cit., 2000, p. 276.

²⁰⁷ Ibidem, p. 278.

²⁰⁸ NÁRDIZ, op. cit., p. 131.

²⁰⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Entre facticidade e validade. V. 2. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

²¹⁰ Ibidem, p. 92.

²¹¹ Ibidem, p. 99.

²¹² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Entre facticidade e validade. V. 1. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 122.

permite que as decisões sejam tomadas com lastro na opinião forjada no espaço público, conferindo-as legitimidade, e formatando a conhecida democracia deliberativa habermasiana.

Sem adentrar nos embates que envolvem a filosofia política e a teoria constitucional, a democracia deliberativa equivale, pois, ao modelo de política que se utiliza da teoria do discurso para chancelar a participação popular no processo de formação da opinião e da vontade comuns. Nas palavras do filósofo alemão:

[...]A teoria do discurso [...] conta com a intersubjetividade de ordem superior de processos de entendimento que se realizam na forma institucionalizada das deliberações, nas instituições parlamentares ou na rede de comunicação dos espaços públicos políticos. Essas comunicações desprovidas de sujeito [...] constituem âmbitos nos quais pode dar-se uma formação mais ou menos racional da opinião e da vontade acerca de temas relevantes para a sociedade como um todo e acerca das matérias que precisam de regulação.²¹³

Assoma-se outra visão crítica ao sistema representativo na visão de Dominique Rousseau²¹⁴ por sua tese de radicalização da democracia. Encampando as críticas despendidas até aqui, o autor afirma que o sistema representativo se tomou disfuncional, em razão de um estado de carência promovido pelos porta-vozes instituídos. Com eles, todas as estruturas clássicas, como os partidos políticos e o próprio Parlamento, se fragilizaram, seja porque não inspiram mais confiança, porque não é neste o principal local de debate público, ou mesmo porque parte da população não se vê devidamente representada²¹⁵.

Diante disso, sua proposta de democracia contínua rompe com as bases tradicionais ao estabelecer três princípios de legitimidade: um de cunho político, outro jurídico e o terceiro sociológico. São respectivamente chamados de princípio da representação-separação; princípio do povo constitucional; e princípio da sociedade de indivíduos.

Dominique Rousseau discorre que o princípio da representação política é mais amplo que o sistema representativo. Enquanto que aquele princípio está na base da democracia representativa, este sistema é apenas uma mera forma de governo das sociedades²¹⁶. Após

²¹³ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Tradução Gabriel Cohn e Álvaro de Vita. *Lua Nova - Revista de Cultura e Política*, nº 36, 1995, p. 39-53. Observa-se, porém, que a posição procedimentalista de Habermas informa que os direitos fundamentais devem amparar somente os pressupostos comunicativos do processo democrático, a fim de que todos participem do embate de argumentos e contra-argumentos que ocorre na esfera pública com liberdade e igualdade subjetivas, c.f: HABERMAS, Jürgen, op. cit., nota 212, p. 159-160.

²¹⁴ ROUSSEAU, Dominique. *Radicalizar a democracia*. Proposições para uma refundação. Tradução Anderson Vichinkeski Teixeira. São Leopoldo: Unisinos, 2019, p. 28-29.

²¹⁵ Chama atenção o baixo nível de satisfação dos brasileiros com a democracia, que, em 2010, registrava 49%, mas, em 2018, declinou para 9%. No mesmo ano, 90% dos brasileiros disseram que, em vez do bem de todos, governa-se em benefício de alguns poucos. Em relação à confiança nos partidos políticos, apenas 6% dos brasileiros disseram ter confiança ou muita confiança neles. C.f: *Informe Latinobarómetro 2018*. Disponível em: <<https://www.latinobarometro.org/lat.jsp>>. Acesso em: 3 mar. 2020.

²¹⁶ ROUSSEAU, Dominique, op. cit., p. 25.

compartilhar críticas, o autor ressalva que a representação é a condição da democracia, porquanto é a partir dela que se constrói a figura abstrata de cidadão, o que pressupõe uma certa noção de igualdade formal²¹⁷. Ademais, a representação é imprescindível devido à possibilidade de responsabilização política, visto que, diante de dois corpos diferentes, os representantes respondem por suas decisões perante o povo.²¹⁸

Contudo, a lógica moderna é a representação-fusão. Segundo o autor, há a absorção do corpo dos representados no dos representantes, de forma que ao povo não lhe caberia nada além de escolher seus arautos, de quem herdaria a vontade²¹⁹. Esse sistema opera mediante o mandato representativo, já desvendado linhas atrás.

A justificação desse viés repousa sobre a tese de ignorância e inaptidão do povo para legislar e governar, bem como sobre a “metafísica da nação”. Com isso, se o povo não é competente, a nação o é, esta que é um ente metafísico, acima da existência das pessoas naturais que a integram. O autor descreve como esse processo leva à confusão de vontades e ao deslocamento da titularidade da soberania:

[...]Realiza-se, então, em turnos sucessivos, o processo de fusão. Primeiro, as pessoas naturais desaparecem, absorvidas no e pelo conceito de Nação. Então, e por necessidade lógica, a Nação, sendo um ser abstrato, não pode expressar-se diretamente; ela precisa de intermediários, pessoas naturais chamadas “representantes da Nação”, as quais serão escolhidas e autorizadas por ela. [...] No final do caminho, a redução dos dois corpos – os representados e os representantes – fundidos em um só: já que o povo é a Nação e a Nação só pode se expressar por meio de seus representantes, não pode haver outra expressão da vontade do povo que a expressa pelos representantes da Nação.²²⁰

Sua proposta é pensar a representação no modo separação. Assim, o corpo dos representados ganha distinção e é coberto por um manto de direitos que lhe assegura a separação dos representantes. É tal pensamento que permite o funcionamento do controle de constitucionalidade. As leis se equiparam a atos dos representantes, que são controladas sob o parâmetro da Constituição:

²¹⁷ Isso porque, no espaço primário de convivência, numa perspectiva local, as pessoas tendem a ser consideradas por motivo de sexo, idade, religião, profissão, renda. “Se as sociedades permanecessem em uma tal condição, elas produziriam uma organização a partir delas mesmas, em que a desigualdade de condições ocuparia lugar central como fundamento associativo e princípio legítimo das regras que dessa condição primária decorreriam. Espontaneamente ou não, os indivíduos se organizam em comunidade cujos contornos seriam determinados pela situação social de cada um e que, para se proteger, para se distinguir ou para se afirmar reivindicariam a enunciação de regras jurídicas específicas”. Esse fenômeno, que é contornado pela representação, Dominique Rousseau batizou de comunitarismo. *Ibidem*, p. 34-35.

²¹⁸ *Ibidem*.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 38.

²²⁰ *Ibidem*, p. 42.

[...]Isso implica não apenas o reconhecimento de dois espaços distintos, com duas vontades normativas potencialmente contraditórias – a lei e a Constituição –, mas também a irredutibilidade desses dois espaços, a impossibilidade de sua fusão. Sem a existência e o desenvolvimento de um controle de constitucionalidade, a atividade legislativa dos representantes é diretamente imputada à vontade do povo sem que este último possa reivindicar[...]. Com o controle de constitucionalidade, os representantes continuam sempre habilitados a expressar a vontade do povo, mas a fusão das duas vontades não é mais mecânica: pelo espaço dos direitos fundamentais, que constrói e que designa o espaço da representação autônoma do corpo dos cidadãos, o juiz constitucional está sempre em posição de [...] sancionar a distância entre as exigências constitucionais e suas traduções legislativas feitas pelos representantes.²²¹

Já o princípio jurídico se atribui à criação do conceito de povo constitucional. Tradicionalmente concebido como um corpo homogêneo, um ente abstrato, o povo também possui uma faceta pulverizada, centrada na existência de cada indivíduo. É com a articulação de ambas as conotações que a democracia contínua trabalha, por força dos direitos fundamentais.²²²

Isso porque o povo é uma criação da Constituição, que, quando o cria, confere-lhe direitos. Daí os indivíduos passam a ser cidadãos; estes atuam em diversos nichos da sociedade e expandem a percepção de novos direitos relacionados à família, ao meio ambiente, ao trabalho, ao consumo, à saúde.²²³

Ao contrário do famigerado pensamento individualista, Dominique Rousseau afirma que são os direitos fundamentais que passam a ocupar o lugar da identidade comum, em detrimento das noções de Deus, Nação, Estado ou classes sociais. Os direitos são tratados a partir de um “individualismo relacional”, pois é o que conecta e une as pessoas:

[...]Nesse momento histórico e nessa configuração, a Constituição, entendida como um conjunto de direitos e liberdades humanas, pode ser aquele instrumento comum aos indivíduos por meio do qual se reconhecem em sua particularidade, em seus próprios ritmos, mas também em valores compartilhados, no sentido dos valores constitucionais comuns que Habermas chama de “patriotismo constitucional”.²²⁴

Portanto, essa qualidade relacional dos direitos fundamentais promove a construção de um espaço público e uma constante circulação de ideias, de modo a integrar os cidadãos que transitam por todas as fases da vida e de uma sociedade²²⁵. A democracia subjaz nessa abertura

²²¹ Ibidem, p. 46-47.

²²² Ibidem, p. 49.

²²³ Ibidem, 54-55.

²²⁴ Ibidem, p. 63.

²²⁵ “Estudante, em um momento de suas vidas, trabalhador durante o dia, consumidores aos sábados, à noite são pais, doentes de vez em quando, eleitores todos os domingos em que há eleições”. Ibidem, p. 66.

de portas para a chegada de novos direitos, “uma vez que sua lógica é a de não reconhecer nenhum poder, nenhuma autoridade cuja legitimidade não possa ser discutida”.

Em evitando, assim, que as pessoas sejam unidas por vínculos que não de direito – raça ou sangue por exemplo – ou que seja o povo incorporado à figura de um príncipe ou chefe de Nação, assevera o autor que: “todos os direitos humanos nascem da revolta e, nesse sentido, cuidam de todos os indivíduos, são o lugar comum de todos os indivíduos, eles assinam a solidariedade de todos os indivíduos. E eles são a parte sem a qual o indivíduo democrático não pode existir”²²⁶.

Por fim, o princípio sociológico da chamada democracia contínua se volta à sociedade de indivíduos, ao povo “todos-em-um”. Dominique Rousseau²²⁷ defende que a sociedade passe a ser o centro da vida política, em detrimento dos velhos locais de produção da vontade que pautam as regras, qual seja, o Parlamento e as estruturas oficiais do Estado.

A qualidade democrática não repousa sobre qual o sistema de governo adotado, tampouco sobre o modelo eleitoral empregado, nem mesmo sobre a mera existência do sufrágio, como um alquimista à procura da justa medida de cada ingrediente. Tudo isso, com efeito, não altera a situação deficitária de legitimidade, antes mira somente a esfera estatal e faz olvidar o principal espaço de onde emerge a democracia: a sociedade:

[...]Tudo isso é bom e bonito. Ocorre que tudo isso visa apenas a melhorar a qualidade democrática da esfera estatal e não da sociedade. Um pouco mais de Assembleia Nacional e um pouco menos de senado, um pouco mais de primeiro-ministro e um pouco menos de presidente da República, um pouco mais de voto proporcional e um pouco menos de voto majoritário, um pouco mais de mulheres e um pouco menos de homens, todas essas reformas, por mais úteis que sejam, dizem respeito apenas à instituição do Estado.²²⁸

Para o autor, isso se deve ao questionável pensamento de que a democratização do Estado democratizaria automaticamente a sociedade²²⁹ e que o sufrágio universal seria o princípio “suficiente e insuperável” da democracia, como uma panaceia para seus males. Entretanto, a capacidade democrática das instituições não depende única e exclusivamente de sua abertura ao voto, principalmente nos dias de hoje, quando a retidão das eleições é contestada

²²⁶ Ibidem, p. 68.

²²⁷ Ibidem, p. 71.

²²⁸ Ibidem, p. 77.

²²⁹ “Seja porque o Estado e a sociedade estão teoricamente confundidos em um mesmo ente, seja porque reformar o Estado mediante a introdução de um pouco de proporcionalidade, um pouco de paridade e um pouco mais de Parlamento teria o impacto sobre a sociedade que se sentiria ‘melhor’ representada.” Ibidem, p. 77.

em diversos países. Destarte, o voto precisa respeitar certas condições, quais sejam, novamente os direitos fundamentais, o que chancelaria a qualidade democrática²³⁰.

Disso se extrai que onde há Constituição, há sociedade, muito embora aquela não se vincule a nenhuma forma ou sistema de governo específico. Em outras palavras, “o vínculo Constituição/sociedade é ontológico, o vínculo Constituição/Estado é histórico”. Se assim o é, e se o Estado não é a única forma de organização política das sociedades²³¹, conclui o autor que a democracia contínua não pode ser concebida por meio do instrumento forjado para construir o Estado – a soberania – senão pelo seu instrumento próprio, a deliberação.²³²

Em arremate, o autor utiliza o pensamento habermasiano para contemplar o espaço público como centro de formação da vontade normativa. Portanto, o espaço público captaria as ideias oriundas do espaço civil (dos interesses privados) e promoveria o debate e a reflexão sobre elas, para culminar na opinião pública destinada ao espaço político (institucional). Esse processo só aconteceria em virtude dos direitos fundamentais, “sem os quais o princípio de discussão continua sendo letra morta, o espaço público perde expressão e a democracia continua absorvida pelo Estado”.²³³

Apesar disso, o lado sombrio se apresenta quando a participação é capturada de forma populista por um governante, ao se arvorar em pretensa legitimidade para se esquivar das regras do jogo. Com isso, ele burlaria a Casa Legislativa e passaria a validar seus vereditos com o imaginado suporte da soberania popular.²³⁴

Além do populismo²³⁵, a democracia ganhou mais um inimigo contemporâneo, tão sorrateiro quanto. Nessa altura, não é a participação popular que será repelida, mas o intuito é

²³⁰ “Por exemplo, que o voto ocorra com intervalos regulares, que o eleitor tenha o poder de escolha entre vários candidatos, que estes tenham acesso igual aos meios de comunicação, que o pluralismo da mídia seja efetivo, que a liberdade de opinião, de expressão e de ir e vir seja garantido (*sic*), que a sinceridade do sufrágio não esteja alterada por irregularidades no momento da campanha eleitoral, da realização de mesas de votação e de contagem de votos.” *Ibidem*, p. 83.

²³¹ Pois já existiram Cidade-Estado, Feudo, Império.

²³² ROUSSEAU, Dominique, *op. cit.*, p. 89.

²³³ *Ibidem*, p. 90-91.

²³⁴ NÁRDIZ, *op. cit.*, p. 127-128.

²³⁵ O populismo é um termo que não possui consolidação teórica devido à ambiguidade que o carrega. Pode-se dizer que é uma fórmula política que encontra no povo, enquanto “agregado social homogêneo”, uma fonte de inspiração mítica e um depositário de referenciais positivos. O conceito de povo não é racionalizado, mas “apodictamente” instituído, mergulhado em lirismo. Fundado no postulado da homogeneidade das massas, a quintessência do povo é o elemento social que parece menos contaminado por influências exteriores, como o camponês, o trabalhador, o combatente. Afastando-se da luta de classes, o populismo faz distinção apenas entre o povo e o não-povo – sendo este “tudo o que é extrínseco a um povo histórica, territorial e qualitativamente determinado” –, o que pode representar uma elite plutocrática ou mesmo setores das próprias massas populares, segundo determinada distinção ideológica. “O Populismo, que é fideísta em suas premissas, torna-se messiânico em seus módulos de ação, temendo contínuas insidias à pureza popular e buscando sua sobrevivência ou preservação em formas carismáticas; torna-se maniqueu, tendendo à expulsão radical do sistema político e social daquilo que não é povo, como germe parasitário e corruptor. Daí a presença pública ou latente, em quase todos os

o mesmo: permanecer no poder, mesmo que isso importe em violar as regras do jogo. Essa violação é escusa e aparentemente legítima, mas põe todo o processo de justificação da democracia e do constitucionalismo que se teceu até aqui em xeque. Dentre todos os entraves que ensejaram uma severa crise, o Constitucionalismo Abusivo desponta como uma espécie de mal antidemocrático.

Nos últimos anos, os olhares de estudiosos se voltaram para o enfraquecimento de democracias consolidadas, após a diminuição da frequência de golpes de Estado. Esses marcaram o século XX e iniciaram períodos de autoritarismo em países como Brasil, Argentina, Uruguai, Peru, Chile, Portugal, Espanha, Grécia, Turquia até os mais recentes golpes no Egito e na Tailândia. Segundo Steven Levitsky e Daniel Ziblatt há outra maneira de arruinar a democracia que não por meio de homens armados, qual seja, por meio de líderes eleitos. Pois assim, a via eleitoral pode ser o início do fim:

[...]É assim que as democracias morrem agora. A ditadura ostensiva – sob a forma de fascismo, comunismo ou domínio militar – desapareceu em grande parte do mundo. Golpes militares e outras tomadas violentas do poder são raros. A maioria dos países realiza eleições regulares. Democracias ainda morrem, mas por meios diferentes. Desde o final da Guerra Fria, a maior parte dos colapsos democráticos não foi causada por generais e soldados, mas pelos próprios governos eleitos.²³⁶

O risco advém de um processo paulatino e latente. Como descrevem os autores, não se veem tanques nas ruas, os Parlamentos não são fechados, a Constituição permanece aparentemente vigente e os cidadãos ainda se dirigem às urnas. A questão é que esforços são enviados para o desmantelamento do regime, mas não são suficientemente evidentes para despertar o alerta nas pessoas. Eis a dinâmica de tal processo:

[...]Muitos esforços do governo para subverter a democracia são “legais”, no sentido de que são aprovados pelo Legislativo ou aceitos pelos tribunais. Eles podem até mesmo ser tratados como esforços para *aperfeiçoar (sic)* a democracia – tornar o Judiciário mais eficiente, combater a corrupção ou limpar o processo eleitoral. Os jornais continuam a ser publicados, mas são comprados ou intimados e levados a se autocensurar. Os cidadãos continuam a criticar o governo, mas muitas vezes se veem envolvidos em problemas com impostos ou outras questões legais. Isso cria perplexidade e confusão nas pessoas. Elas não compreendem imediatamente o que está acontecendo. Muitos continuam a acreditar que estão vivendo sob uma democracia. [...] Como não há um momento único – nenhum golpe, declaração de lei marcial ou suspensão da Constituição – em que um regime obviamente “ultrapassa o

populismos, de uma constante feição racista.” Historicamente atrelado ao período de industrialização, normalmente aflora em períodos de crise e, apesar de distinto, pode ser utilizado por diversas ideologias, como o socialismo e o fascismo. Cf: INCISA, Ludovico. Populismo. In: BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, op. cit., p. 980-986.

²³⁶ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 16.

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.²³⁷

Por isso, dois desafios que se impõem às democracias de hoje são: saber identificar um extremista em potencial, impedindo-o de ser eleito; em caso de falha, saber isolá-lo e impedir seu fortalecimento político. Para os autores, as instituições democráticas, sozinhas, não podem conter esse processo, é preciso que os partidos políticos atuem refreando essa ameaça. Ademais, em comunhão com os cidadãos, é preciso instituir e reforçar normas democráticas (não escritas) que inspirem a obediência de todos.²³⁸

Os cientistas estadunidenses chamam atenção para as “alianças fatídicas”²³⁹ que partidos políticos traçam com *outsiders*²⁴⁰ que se revelam demagogos²⁴¹ extremistas. Mussolini, Hitler e Chávez eram *outsiders* que chegaram ao poder por influência do próprio *Establishment*²⁴². A gana de poder era tamanha que muitos políticos achavam que podiam se beneficiar da popularidade desses demagogos para alcançar bons resultados eleitorais, entronando-os especialmente em épocas de crises econômico-sociais²⁴³. Achava-se que eles poderiam ser facilmente dominados e que não representariam risco algum.

²³⁷ Ibidem, p. 17.

²³⁸ Ibidem, p. 18-19.

²³⁹ Ibidem, p. 26-30.

²⁴⁰ Os autores se referem aos candidatos que nunca exerceram um mandato eletivo ou desempenharam função de gabinete.

²⁴¹ A demagogia não é uma forma de governo, tampouco um regime político, antes é uma prática política que consiste na instrumentalização das massas populares para a consecução dos interesses do demagogo – geralmente um líder carismático que sabe conduzir o povo e que instaura um regime autoritário. Ela ocorre por meio de fáceis promessas que não podem ser cumpridas e que estão em dissonância com o real interesse nacional. Nessa primeira concepção, o líder se vale de situações histórico-políticas para medir o humor das massas populares e, captando as suas exigências imediatas, guiá-las à conveniência dele próprio. Numa segunda concepção, menos frequente, são as massas que governam sob seus impulsos incontroláveis, que pairam acima da lei. A demagogia tem origem em Aristóteles e Platão – como uma faceta de crise extrema da democracia –, mas foi com o processo de industrialização e a crise das democracias liberais que ela ganhou terreno sobretudo no século XX. A era tecnológica, que retirou a individualidade do homem e o equipou a máquinas, fez com que o homem se sentisse isolado e desesperado para buscar refúgio contra sua insegurança. Assim, ele aderiu seu comportamento político e social ao da massa. Cf: ZUCCHINI, Giampaolo. Demagogia. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco, op. cit., p. 318-319.

²⁴² Entenda-se como a ordem constituída pelas classes social e política predominantes de um país.

²⁴³ Benito Mussolini, Adolf Hitler e Hugo Chávez chegaram ao poder por meios legais. Mussolini foi indicado pelo Rei Vitor Emanuel III a ser primeiro-ministro para conter os avanços dos partidos de esquerda. Com isso, a classe política liberal acreditava que poderia repelir as ameaças socialistas e comunistas e ainda controlar o Partido Fascista Italiano, que foi criado a partir da milícia paraestatal liderada por Mussolini. Da mesma forma, Hitler ascendeu ao poder após ter se filiado ao pequeno Partido dos Trabalhadores Alemães e tê-lo transformado no Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães, mais conhecido como Partido Nazista. O desempenho eleitoral do partido, em meio ao cenário de grave crise econômico-social no pós-Primeira Guerra, aumentou até que conseguisse obter expressivas majorias em 1932, ano em que o ex-cabo do Exército alemão perdeu o pleito presidencial para Paul von Hindenburg, tido como um herói de guerra. No entanto, para conter o alvoroço comunista e as forças de esquerda, as classes dominantes da Alemanha, mormente os grandes industriais, aderiram ao nazismo e solicitaram ao presidente que nomeasse Hitler como primeiro-ministro do Estado alemão, o que

Mesmo que muitos tenham um passado claro e condizente com condutas autoritárias, por vezes pode ser difícil identificar um potencial autoritário. Por isso, os autores, com base na obra de Juan Linz²⁴⁴, listam uma série de comportamentos indíciosos de autoritarismo: “um político que se enquadre mesmo em apenas um desses critérios é motivo de preocupação”²⁴⁵.

Em torno de quatro eixos principais, Levitzky e Ziblatt²⁴⁶ formatam uma espécie de teste detector de autoritários em potencial. O primeiro eixo identifica a “rejeição das regras democráticas do jogo (ou compromisso débil com elas)”. O segundo eixo identifica a “negação da legitimidade dos oponentes políticos”. O terceiro eixo compreende a “tolerância ou encorajamento à violência”. Por fim, o quarto eixo compreende a “propensão a restringir liberdades civis de oponentes, inclusive a mídia”.

Para que um candidato seja reprovado em qualquer eixo, ele deve repetir ao menos um dos seguintes comportamentos. Isso já seria o bastante para que se denotasse um autoritário em potencial.

No primeiro eixo, o candidato pode rejeitar ou intentar transgredir a Constituição, pregando a implantação de medidas antidemocráticas, como a extinção de eleições, a proibição de certas organizações ou a restrição de direitos civis e políticos básicos. Pode corroborar meios extraconstitucionais, como golpes militares, insurreições violentas ou protestos de massa, para a mudança de governo. Pode, outrossim, questionar a lisura de resultados eleitorais indenes e fidedignos, negando-se a aceitá-los, solapando com isso a legitimidade do processo eleitoral.²⁴⁷

No segundo eixo, os rivais são os alvos. Eles são reputados como subversivos contra o modo de vida predominante, a ordem constitucional e a segurança nacional. Desprovido de fundamentação, o virtual autoritário tenta sempre desqualificar a participação política de seus adversários, atribuindo-os a pecha de algum crime ou qualificando-os como espiões em conluio com países estrangeiros.²⁴⁸

aconteceu em 1933. Cf: VAINFAS, Ronaldo et al., op. cit., p. 640-643. A seu turno, Chávez liderou duas tentativas de golpe de Estado em 1992 contra o governo de Carlos Andrés Pérez. Os oficiais sublevados e de baixa patente se autodenominavam “bolivarianos”, em homenagem a Simón Bolívar. A Venezuela passava por um período de depressão econômica devido à grande dependência do petróleo. Mesmo após ter atentado contra a democracia do país, Chávez ganhou o apoio de um importante senador veterano e fundador de um dos partidos dominantes à época, Rafael Caldeira. Quando se sagrou presidente em 1994, Caldera, diante da crescente popularidade de Chávez, libertou-o da prisão e abriu-lhe as portas para que se tornasse presidente em 1999. LEVITSKY; ZIBLATT, op. cit., p. 27-29.

²⁴⁴ LINZ, Juan José. *The Breakdown of Democratic Regimes*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1978.

²⁴⁵ LEVITSKY; ZIBLATT, op. cit., p. 32.

²⁴⁶ Ibidem, p. 33-34.

²⁴⁷ Ibidem.

²⁴⁸ Ibidem.

No terceiro eixo, verifica-se que o candidato possui vínculos com organizações ilícitas que fazem uso arbitrário da força (gângues, milícias ou afins). Ele e seus correligionários incitam os apoiadores contra seus oponentes, antes endossando tacitamente que recriminando o uso de violência. Pode também laurear atos de violência política ou deixar de reprová-los, bem como enaltecer personagens atrelados a eles.²⁴⁹

No quarto eixo, o autoritário em potencial chancela leis que restringem liberdades civis, robustecendo a repressão contra os grupos dissidentes, os críticos e até mesmo a mídia. Amplia-se a proteção contra calúnia e difamação a fim de reprimir opositores e apoia-se medidas coercitivas semelhantes adotadas por outros governos.²⁵⁰

Em que pese o pensamento de que os demagogos seriam apenas parlapatões e que a classe política conteria os excessos dessas figuras, alguns podem romper a barreira entre palavras e ações e gerar uma polarização da sociedade. Daí seus discursos ofensivos²⁵¹ a adversários, incluindo o Congresso, o Judiciário e os veículos de comunicação, justificaria a adoção de mais medidas antidemocráticas.²⁵²

Os governantes eleitos desmantelam as instituições democráticas de forma lenta, quase imperceptível, sob o aspecto de legalidade, porquanto eleições são periodicamente feitas, o Legislativo aprova as leis de interesse dos potencialmente autoritários e o Judiciário as confirma constitucionais. Muitas ações do governo são tomadas sob o pretexto de combater a corrupção, aperfeiçoar a democracia ou alcançar outro objetivo público moralmente louvável.²⁵³

Por isso se qualificou esse novo gênero de crise democrática – o qual se insere o Constitucionalismo Abusivo uma espécie – sub-reptício ou sorrateiro, uma vez que as mudanças são a passos lentos e quase imperceptíveis se individualmente pensadas, mas de grande impacto no geral. Pode-se pensar que a subversão da democracia, num aspecto macro e com base na obra de Levitsky e Ziblatt, toma lugar em três passos.

Idealmente o primeiro passo é a “captura de árbitros”²⁵⁴. O objetivo é tirá-los da neutralidade para que imponham a lei de maneira seletiva, punindo oponentes e favorecendo aliados. A captura ocorre por meio da discreta demissão de servidores independentes e a substituição deles por asseclas. Pode haver extorsão – com o uso de agências de inteligência

²⁴⁹ Ibidem.

²⁵⁰ Ibidem.

²⁵¹ Por vezes recheados de *fake news*, termo que ganhou notoriedade no seio da hodierna sociedade digitalizada. C.f: nota 363.

²⁵² LEVITSKY; ZIBLATT, op. cit., p. 79.

²⁵³ Ibidem, p. 80-81.

²⁵⁴ Esses são entendidos como os órgãos de controle, investigação e punição do Estado, entre eles “figuram o sistema judiciário, os órgãos de imposição da lei, os serviços de inteligência e as agências reguladoras e tributárias”. Ibidem, p. 81.

estatais – ou o aliciamento direto de adversários por pagamento de suborno. Além disso, juízes incorruptíveis podem sofrer *impeachment*, a composição de cortes pode ser alterada de modo a favorecer determinada inclinação política²⁵⁵. Por fim, o mais drástico se dá com a completa dissolução das cortes e a criação de novos tribunais, de composição totalmente diversa.²⁵⁶

Após dominados os árbitros, o segundo passo é voltar-se contra os oponentes, que podem ser políticos, líderes empresariais financiadores da oposição, meios de comunicação ou outras figuras culturais com *status* moral público. A prática normalmente inclui o suborno de opositores para que sejam lenientes ao governo. Porém, quando isso for insuficiente, usam-se os árbitros para que investiguem, condenem e prendam seus desafetos.²⁵⁷

Além de que, a imprensa é constantemente ameaçada com processos de calúnia, difamação, e com o cerco de seus maiores donos ou sócios majoritários, o que se faz novamente com o auxílio das forças policiais, inteligência e até mesmo com o Judiciário. Por isso, outros meios de comunicação, intimidados, deixam de noticiar os acontecimentos e se afastam da vida política. Figuras culturais que desfrutam de certa popularidade ou envergadura moral podem ser cooptadas ou chantageadas outrossim.

Por derradeiro, tendo em vista o entrincheiramento no poder, o terceiro passo: “mudar as regras do jogo”. Isso se dá com a reforma da Constituição, do sistema eleitoral e de outras instituições, o que torna o trabalho de oposição ao governo ainda mais dificultoso. Por diversas vezes a necessidade de reforma é construída sob o pretexto de benefício público. Mesmo a defesa da democracia pode ser utilizada como escusa para sua própria subversão, sobretudo quando em meio a determinadas circunstâncias que costumam atingir o sentimento cívico e o brio da população: crises econômicas, desastres naturais, ameaça à segurança, guerras, terrorismo, insurreições.²⁵⁸

É nesse contexto que se insere a categoria do Constitucionalismo Abusivo, que, aliás, nada tem de constitucionalismo.

²⁵⁵ Leia-se, favoravelmente a medidas inconstitucionais e violadoras de direitos impostas pelo aspirante a autoritário, que também encontram resistência nos poderes instituídos e de setores da sociedade civil.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 82-84

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 84-90.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 90-95.

3. O CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO E SUA RELAÇÃO COM O CENÁRIO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO PÓS-1988

Foi preciso uma jornada de vários séculos para que o Ocidente conhecesse e aperfeiçoasse as ideias político-jurídicas até que elas se revelassem como hoje são conhecidas e empregadas. Uma trajetória de suor e sangue, mas que trouxe a lume a fusão de constitucionalismo e democracia, de modo que o consagrado dito de Winston Churchill²⁵⁹ culmina o ponto histórico: “a democracia é a pior forma de governo, com exceção de todas as demais”.

Diante do panorama descortinado até então, o Constitucionalismo Abusivo encontra solo fértil para lançar as sementes de seus frutos envenenados, arruinando, assim, a saúde do sistema democrático. Suas manifestações não se isolam na ocidentalidade, senão se propagam pelo mundo. Trata-se de um processo lento (em que não há golpes repentinos), escamoteado e sub-reptício.

No presente capítulo a categoria do Constitucionalismo Abusivo será analisada de maneira geral em um primeiro momento, com a descrição de suas características principais e do contexto ao qual se insere. Após o que, será reanalisada em interação com o cenário brasileiro sob a vigência da Constituição de 1988.

3.1. O Constitucionalismo Abusivo

O Constitucionalismo Abusivo é um termo originariamente cunhado por David Landau²⁶⁰ nos idos de 2013. O autor o define da seguinte forma:

[...]O uso de mecanismos de mudança constitucional com o propósito de fazer um Estado significativamente menos democrático que antes. No que toca aos mecanismos de mudança constitucional, eu focalizo métodos formais de mudança em vez de informais – emenda constitucional e substituição constitucional²⁶¹.

²⁵⁹ CHURCHILL, Winston. Disponível em: <<https://winstonchurchill.org/resources/quotes/the-worst-form-of-government/#:~:text=Many%20forms%20of%20Government%20have,>>> e <<https://api.parliament.uk/historic-hansard/commons/1947/nov/11/parliament-bill>>. Acesso em: 14 set. 2020.

²⁶⁰ LANDAU, David. *Abusive Constitutionalism*. Disponível em: <https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/articles/47-1_Landau.pdf>. Acesso em: 14 set. 2020.

²⁶¹ Ibidem. “I define “abusive constitutionalism” as the use of mechanisms of constitutional change in order to make a state significantly less democratic than it was before. In referring to the mechanisms of constitutional change, I focus here on formal rather than informal methods of change — constitutional amendment and constitutiona replacement.”

Com a retirada de voga dos conhecidos golpes de Estado – por meio dos quais se rompia uma ordem e se inaugurava outra, com o uso da força e entre grandes agitações sociais – o fenômeno entra em pauta. A princípio, o intuito é o mesmo: o entrincheiramento de atores políticos no poder.²⁶²

Quando se qualifica de sub-reptício, é porque se trata de um procedimento em que o constitucionalismo é usado para enfraquecer os níveis democráticos. Com essa roupagem aparentemente legítima, torna-se muito mais difícil de ser detectado. Como será visto adiante, o autor adverte, outrossim, que mecanismos de proteção democrática internos e externos são bastante ineficazes na contenção desse mal. Nas palavras de Landau²⁶³:

[o]Constitucionalismo está sendo usado muito frequentemente para enfraquecer a democracia. Em contraste com a prática do passado, em que regimes autoritários eram geralmente formados por meio de golpe militar ou outras práticas inconstitucionais, autoritários em potencial agora possuem significativos incentivos para parecerem jogar com as regras constitucionais.

É mister lembrar que o professor estadunidense, ao versar sobre democracia, entende-a a partir de um espectro com várias nuances entre a democracia e o autoritarismo plenos, ensejando a formação de regimes híbridos. Sendo assim, os níveis democráticos variam em função de duas dimensões: (i) a eleitoral, na qual se verifica o grau de competitividade entre políticos da situação e da oposição; e (ii) a dimensão dos direitos, na qual se verifica a extensão de proteção de direitos individuais e de grupos minoritários.²⁶⁴

Esses regimes híbridos²⁶⁵ se rebuçam de suficientemente democráticos perante os atores internacionais, a fim de evitar sanções ou outras consequências. Portanto, são até capazes de ostentar processos eleitorais de certa forma competitivos. Entretanto, as cartas do jogo são postas contra aqueles que tentam se opor ao governo. Há o controle da imprensa, a

²⁶² Em abono: “presidentes em exercício e partidos poderosos podem maquirar uma mudança constitucional para que se tornem difíceis de ser demovidos e para que se neutralize instituições como as cortes, que são destinadas a controlar seus exercícios de poder”. No original: “*Poweful incumbent presidents and parties can engineer constitutional change so as to make themselves very difficult to dislodge and so as to defuse institutions as courts that are intended to check their exercises as power*”. Ibidem.

²⁶³ Ibidem. No original: “*constitutionalism is now being used quite frequently to weaken democracy. In contrast to past practice, where authoritarian regimes were generally formed through military coup or other unconstitutional practices, would-be autocrats now have significant incentives to appear to be playing by the constitutional rules*”.

²⁶⁴ Ibidem.

²⁶⁵ Há o emprego de diversos nomes para regimes que misturam aspectos democráticos e autoritários. Steven Levitsky e Lucan A. Way empregam o termo *competitive authoritarianism*; Larry Diamond, *hybrid regimes*; Andreas Schedler, *electoral authoritarianism*; Martha Brill Olcott e Marina Ottaway usam o termo *semi-authoritarianism*.

intimidação de opositores, o uso de recursos públicos para a compra de votos, até mesmo fraudes eleitorais.²⁶⁶

De mais a mais, para fechar o ciclo de captura, Landau²⁶⁷ preleciona que em tais regimes as forças políticas dominantes, além de capitanearem todos os ramos do governo, também controlam os mecanismos de *accountability*²⁶⁸, que são planejados para verificar as atividades dos atores políticos. Em outros termos, os órgãos de controle do Estado são esvaziados em sua independência funcional, o que os torna condescendentes com os desmandos.

Por conseguinte, o resultado desse transvio não poderia ser outro: “o resultado não é apenas o prejuízo contra a competitividade eleitoral, mas também a drástica limitação da proteção aos direitos de grupos minoritários”²⁶⁹. Tem-se aí duas características de um regime híbrido, quais sejam, a relativa falha de mecanismos de prestação de contas (*accountability*) e a ausência de proteção aos direitos da minoria.

É aí que se insere um regime contaminado pelo Constitucionalismo Abusivo, no meio caminho entre a democracia constitucional e o autoritarismo, uma vez que ainda sustenta traços de aparente democracia. Por isso, são chamados regimes híbridos.

²⁶⁶ LANDAU, op. cit.

²⁶⁷ Ibidem.

²⁶⁸ Não existe consenso em torno de um conceito de *accountability*, tampouco sobre seus limites. Ao que se propõe neste trabalho, pode-se dizer que se liga a uma postura da Administração na gestão da coisa pública, tendo em vista a supremacia do interesse público e a soberania popular. Numa república há a necessidade de, por princípio, responsabilizar-se a Administração por seus atos por intermédio do dever de prestação de contas pela gestão do patrimônio público. C.f: SIU, Marx Chi Kong. *Accountability no Setor Público: uma reflexão sobre transparência governamental no combate à corrupção. Revista do TCU*, nº 122, p. 78-87, set. 2011. Disponível em: <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/197>>. Acesso em: 22 mar. 2021. Isso implica que “o governo democrático deveria ser passível de fiscalização para assegurar sua integridade, desempenho e representatividade”. Esse dever de prestação de contas está plasmado na Constituição brasileira, por exemplo, em seus artigos 34 e 35, podendo ocasionar intervenção de um ente político sobre outro. C.f: PEDERIVA, João Henrique. *Accountability, Constituição e Contabilidade. Revista de informação legislativa*, v. 35, nº 140, p. 17-39, out./dez. 1998. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/414>>. Acesso em: 22 mar. 2021. Há, ainda, as noções de *accountability* vertical e horizontal. A vertical se dá por meio de eleições razoavelmente livres e justas, nas quais os eleitores punem um candidato por sua má atuação ou o chancelam para um novo mandato. Dá-se também por meio da mídia e pelas liberdades de opinião e de associação quando se articulam reivindicações e se denunciam os atos das autoridades públicas, eleitas ou não. Por sua vez, a modalidade horizontal diz respeito à existência de agências estatais capacitadas para realizar ações de supervisão e sanção contra os próprios agentes estatais. Nessa esteira, incluem-se as estruturas dos três poderes dentro do sistema de pesos e contrapesos e ainda outras agências e instâncias responsáveis pela fiscalização da prestação de contas, como os Tribunais de Contas. C.f: O'DONNELL, Guillermo. *Horizontal accountability and new poliarchies. Lua Nova*, nº 44, p. 27-54, 1998. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451998000200003&script=sci_abstract>. Acesso em: 21 mar. 2021. Nesse cenário, a transparência e a informação são valores de grande importância, pois permitem que os mecanismos de *accountability* se tornem eficazes.

²⁶⁹ LANDAU, op. cit. “*The result is not only to undermine electoral competition, but also to sharply limit the extent of protection of rights for minority groups within these systems.*”

Segundo o autor, a estrutura do constitucionalismo é, em verdade, uma peça chave para os projetos desses regimes, dado que estes atenderiam a métodos informais que vigoram por detrás da formalidade das normas legais. As normas formais determinam o tempo de mandato, a organização e a separação de poderes, por exemplo. Os autoritários²⁷⁰, porém, adotariam métodos informais para neutralizar qualquer ação de controle. Desse modo, legisladores indicariam juízes amigáveis; haveria o suborno e a ameaça contra magistrados, a perseguição de antagonistas políticos, o controle da mídia por intermédio de recursos públicos, uma série de arranjos informais.²⁷¹

Não é só. As mudanças constitucionais podem ser usadas seja para dismantelar uma instituição, seja para “aparelhá-la”, para que fique à feição. Nesse sentido:

[...]Ao se deslocar de uma ordem constitucional para outra, os legisladores [constituintes] poderiam alegar que os titulares de cargos em determinadas instituições [como os ministros de uma Corte Constitucional] não se lastreariam mais em posições válidas de poder, e que poderiam ser legitimamente substituídos (...). Eles [os autoritários em potencial] poderiam também alterar a composição das instituições existentes(...). Ou poderiam fechar instituições e criar novas mais enfraquecidas.²⁷²

Em se adentrando o campo experimental, três exemplos de manifestações do Constitucionalismo Abusivo foram catalogados pelo autor. O primeiro ocorreu na Colômbia, por meio da modalidade de emenda constitucional; o segundo teve lugar na Venezuela, no modo substituição da Constituição; por fim, o terceiro, na Hungria, sendo um misto de reforma por emenda e substituição constitucionais.

No primeiro caso, a Colômbia se acostumara com uma alternância de poder que incluía o mandato simples dos presidentes, sendo vedada a reeleição. Aconteceu, porém, que o então *outsider*²⁷³ Álvaro Uribe Velez, após tomar posse em seu primeiro mandato em 2002, tentou a tramitação de uma emenda constitucional no Congresso para que se permitisse uma reeleição presidencial. A mudança constitucional teve o beneplácito da Corte Constitucional colombiana.

²⁷⁰ Landau usa o termo “*would-be autocrat*”. Um autocrata em potencial, leia-se, um autoritário em potencial. Autocracia não possui um preciso fundamento histórico, a despeito de ter nomeado o regime czarista russo. Em sentido geral, o termo autocracia é usado para se referir ao conjunto de regimes antidemocráticos ou não democráticos. Em sentido particular, pode denotar o último grau de absolutismo com a personalização do poder, sem que existam barreiras intragovernamentais a impedir a vontade do autocrata. C.f: STOPPINO, op. cit., p. 372.

²⁷¹ LANDAU, op. cit.

²⁷² Ibidem. “*By shifting from one constitutional order to another, rulers could argue that existing office-holders in these institutions no longer held a valid grip on power and could legitimately be replaced (...). They could also change the size of existing institutions (...). Or they could close down existing institutions entirely and create new ones with weaker powers*”.

²⁷³ Veja-se nota 240.

Quatro anos mais tarde, a corte foi forçada a analisar a mesma questão em relação a um terceiro mandato consecutivo de Álvaro Uribe. O presidente contava com bons níveis de popularidade e se apoiou nisso para propor junto ao Congresso a convocação de um referendo que ratificasse tal projeto de emenda.

Diante desse cenário, a corte entendeu que um terceiro mandato consecutivo poria em risco a estrutura institucional desenhada pela Constituição, ao se permitir que o presidente indicasse todos os atores que atuariam nos órgãos de controle de sua atuação, como o Procurador Geral e o *Ombudsman*, espécie de defensor dos direitos dos cidadãos frente à Administração Pública. A decisão foi cumprida e a corte provavelmente precaveu um enfraquecimento democrático.²⁷⁴

No caso venezuelano, Chávez, – repise-se, um *outsider* político²⁷⁵ – depois de ter granjeado popularidade e de ter rompido com a tradição vigente que concentrava o poder nas mãos de dois partidos principais, propôs a substituição da Constituição ao argumento de que o povo reteria um poder constitucional inerente, original, prévio e superior à instituição de qualquer regime. A Suprema Corte venezuelana assentiu com tal tese, mas hesitou em definir as restrições à Assembleia Constituinte.

Daí Chávez, por meio da Assembleia Constituinte, escreveu as normas eleitorais de modo a beneficiá-lo com o maior número de assentos a seu partido. Não foi só. A Assembleia Constituinte dissolveu o Congresso, mas a Suprema Corte decidiu não haver inconstitucionalidade nesse ato. Por conseguinte, a própria corte foi fechada com base na teoria do poder constituinte originário.²⁷⁶

O resultado foi a promulgação de uma Constituição que, ao contrário da anterior que previa um mandato simples de quatro anos, permitiu a reeleição e fixou o mandato em seis anos. Assim, Chávez, por meio de métodos legais, removeu a oposição, exerceu controle sobre os órgãos controladores, transformou a Venezuela em um regime híbrido (*competitive authoritarian regime*) e permaneceu no posto até sua morte em 2013. Antes disso, porém, uma emenda constitucional foi referendada em 2009 para permitir que os chefes do Executivo pudessem se reeleger indefinitivamente²⁷⁷.

²⁷⁴ LANDAU, op. cit.

²⁷⁵ Nota 240.

²⁷⁶ LANDAU, op. cit. O autor ainda relata que semelhante processo de substituição da Constituição se deu no Equador de Rafael Correa e na Bolívia de Evo Morales.

²⁷⁷ JARDIM, Claudia. *Chávez vence referendo e conquista reeleição ilimitada*. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2009/02/090216_venezuela_resultado_rc>. Acesso em: 5 fev 2021. G1. *Chávez vence referendo na Venezuela e pode se candidatar para 3º mandato*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL1003446-5602,00->

Em solo húngaro, o partido Fidesz alcançou a maioria parlamentar nas eleições de 2010. Tão logo já promulgou dez emendas no mesmo ano, as quais reduziram a independência dos meios de comunicação e conferiram maior poder de nomeação dos integrantes da Corte Constitucional.

Em seguida o partido utilizou-se de sua maioria para reescrever a Constituição. A nova Lei Maior expandiu o número de integrantes da Corte Constitucional (de onze para quinze), e criou um órgão nacional controlado pelo partido. Tal órgão possui atuação sobre o Judiciário, definindo algumas atribuições de casos e nomeando os juízes da corte. Além disso, a idade de aposentadoria dos juízes foi rebaixada de setenta para sessenta e dois anos, o que elevou ainda mais o número de indicações do partido.²⁷⁸

Como dito, o Constitucionalismo Abusivo se estrutura sobre um arranjo de métodos informais que neutralizam as normas formais do constitucionalismo. É por isso que, a despeito da estrutura constitucional projetada para a limitação do poder, ele consegue se instalar e sobreviver num ambiente aparentemente democrático²⁷⁹. Daí a razão do nome *competitive authoritarian regime* (regime autoritário competitivo se traduzido ao pé da letra) ou regime híbrido, com o qual mantém estreitos laços.

Há que mencionar que não apenas de métodos informais vive o Constitucionalismo Abusivo. Com efeito, algumas regras formalmente constitucionais são muito úteis na medida em que se tornam a porta de entrada e a chave que impede a saída de autoritários em potencial.²⁸⁰ Ao mesmo tempo que definem a relação de poder considerada legítima, são utilizadas com desvio de finalidade por seus sabotadores.

CHAVEZ+VENCE+REFERENDO+NA+VENEZUELA+E+PODE+SE+CANDIDATAR+PARA+MANDATO.html>. Acesso em 5 fev 2021.

²⁷⁸ LANDAU, op. cit.

²⁷⁹ “*competitive authoritarian regimes tend to possess democratic-looking constitutions with structural features such as the separation of powers, but take informal measures to neutralize the value of those checks. Rulers can appoint friendly judges to courts, and can neutralize judges representing opposing interests by, for example, bribing them or threatening them. Similarly, these regimes might hold elections, and because of monitoring and other incentives, might avoid blatant fraud on election day itself. But they rely on state control over the media and over the largesse of state resources, as well as intimidation and harassment of opposition figures, to nonetheless make incumbents very difficult to dislodge.*” Em livre tradução: os regimes híbridos tendem a dispor de constituições aparentemente democráticas e com características estruturais, por exemplo a separação de poderes, mas adotam medidas informais para neutralizar o valor de tais limitações. Governantes podem indicar juízes amigáveis às cortes e podem neutralizar juízes considerados opositores por meio de suborno ou de ameaças. Do mesmo modo, esses regimes podem manter eleições e, por causa de outros estímulos ou de monitoração, podem evitar fraudes eleitorais explícitas. No entanto, eles dependem do controle estatal sobre os meios de comunicação e dos recursos públicos, bem como da intimidação e da perseguição aos opositores para a manutenção de seus governantes no exercício do cargo. Ibidem.

²⁸⁰ Ibidem. A título de exemplo, as regras eleitorais que investem no mandato e as normas que pautam as relações de poder entre as instituições são constantemente distorcidas para favorecerem a formação de uma maioria partidária e o primado do Executivo sobre demais poderes e instituições.

Landau²⁸¹ afirma existirem duas razões para se preocupar acerca dos regimes híbridos. A primeira consiste na elaboração de um cenário altamente favorável apenas aos mandatários autoritários, com a alteração do processo eleitoral, cujas mazelas persistem por longo tempo impedindo a alternância de poder, a exemplo da Rússia²⁸². A segunda consiste na capitalização da popularidade, promovendo a confusão entre vontade popular e Constitucionalismo Abusivo. Em outras palavras, há uma aproximação com a agenda populista-demagógica²⁸³.

Paralelamente, Mark Tushnet²⁸⁴ descreve um fenômeno de contornos muito parecidos, o qual rotula Constitucionalismo Autoritário – uma espécie de constitucionalismo além do liberal, este que é comumente associado às democracias liberais. O Constitucionalismo Autoritário possui certo nível de comprometimento com os ideais constitucionais (limitação legal ao poder), no que se diferencia do Constitucionalismo Abusivo²⁸⁵. De toda sorte ambos colimam os mesmos fins, assegurando-se a permanência de grupos no poder por vias aparentemente constitucionais.

Com base na experiência de Singapura, o autor entende que, nessa espécie ou espectro de constitucionalismo, o partido dominante do regime, motivado pelo interesse no bem comum, consulta abertamente a nação, mas decide a seu próprio talante sobre o que pensa ser melhor para todos sem o controle de qualquer outra instituição²⁸⁶. Além disso, no Constitucionalismo Autoritário as liberdades civis são protegidas em nível intermediário e eleições são razoavelmente livres e justas²⁸⁷.

²⁸¹ Ibidem.

²⁸² A Rússia já foi tida como um regime híbrido (*competitive authoritarianism*) no início do século XXI, como sugerem DIAMOND, Larry. Elections Without Democracy: Thinking About Hybrid Regimes. *Journal of Democracy*, v. 13, nº 12, p. 21-35, abr. 2002. Disponível em: <<https://muse.jhu.edu/article/17195/summary>>. Acesso em: 22 mar. 2021. LEVITSKY, Steven; WAY, Lucan A. *Competitive Authoritarianism: Hybrid Regimes After the Cold War*. Cambridge University Press. New York, 2010. Hoje, imergiu no completo autoritarismo. Com ela, a Venezuela. C.f: LEVITSKY, Steven; WAY, Lucan Ahmad. The New Competitive Authoritarianism. *Journal Of Democracy*, v. 31, nº 1, p. 51-65, jan. 2020. Disponível em: <<https://www.journalofdemocracy.org/articles/the-new-competitive-authoritarianism/>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

²⁸³ C.f: notas 235 e 241.

²⁸⁴ TUSHNET, Mark. Authoritarian Constitutionalism. *Cornell Law Review*, v. 100, p. 391/462, jan. 2015. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4654&context=clr>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

²⁸⁵ Outra distinção é de grau, pois o Constitucionalismo Autoritário possui matizes mais tênues. A perseguição política é mais “branda”, sancionando-se oponentes com leis de calúnia e difamação que podem ocasionar a insolvência civil em lugar das prisões arbitrárias. Permite-se nesse meio a discussão e a crítica moderadas às decisões governamentais. Fraudes e agressões físicas são esporádicas, tendo em vista que a intensidade da coerção é menos intensa. O partido político dominante é razoavelmente sensível à opinião pública e pode alterar suas decisões com base na percepção dela. Ibidem.

²⁸⁶ Com base no entendimento do autor no sentido de que o Constitucionalismo Autoritário é, ao menos, normativamente constitucional como a monarquia absoluta descrita em seu texto (Constitucionalismo Absolutista). C.f: Ibidem, p. 454, 415-416 e 396.

²⁸⁷ O que não significa que manipulações eleitorais são constantemente articuladas para assegurar a vitória e a máxima representação do partido dominante. Apenas as fraudes patentes são menos frequentes. Ibidem.

Sobre o Constitucionalismo Abusivo, porém, Mark Tushnet assim o define:

[...] [o]Constitucionalismo Abusivo possui muitos traços. Primeiro, ele envolve o uso de métodos constitucionalmente permitidos de alteração da constituição. Segundo, ele envolve a adoção de numerosas emendas constitucionais. Terceiro, individualmente consideradas, as emendas podem não ser inconsistentes com o constitucionalismo normativo. Contudo, ao fim, consideradas em conjunto, as emendas ameaçam o constitucionalismo normativo.²⁸⁸

Nota-se que, malgrado oficialmente definido como um padrão de mudança formal das normas por meio de emendas ou reformas constitucionais, o Constitucionalismo Abusivo está ligado a uma série de comportamentos que transbordam do processo legislativo e assumem caráter político de um comportamento que visa ao entrincheiramento no poder. Há muita proximidade entre o que é descrito até então por David Landau e por Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, como se os três se debruçassem sobre o mesmo objeto de análise sem o saber.

Isso demonstra que o Constitucionalismo Abusivo está inserido em um contexto maior atinente à qualidade do regime político, ou melhor, a aspectos exibidos pelo regime político de um país a despeito do que é autoproclamado em sua Constituição. Nesse novo cenário vigoram os regimes híbridos ou o autoritarismo competitivo (*competitive authoritarianism*) qual continentes do conteúdo Constitucionalismo Abusivo.

Em destrinchando o autoritarismo competitivo, ele é um fenômeno do período pós-Guerra Fria, decorrência da hegemonia liberal do Ocidente que criou um ambiente internacional fortemente avesso às ditaduras. Sob pressão dos EUA – a então nova potência militar, econômica e ideológica – e da União Europeia, a democracia foi estimulada nos países parceiros e dependentes do Ocidente, leia-se, nos países que com este travavam qualquer relação.²⁸⁹

Entretanto, essa onda também atingiu países que não reuniam condições favoráveis de recepcionar o pluralismo e as eleições multipartidárias pois eram Estados empobrecidos, de frágeis instituições e sem tradições democráticas, com grande desigualdade social, dotados de uma tímida classe média, com sociedade civil e oposição enfraquecidas, sem mencionar os setores privados economicamente subdesenvolvidos. Junto desses, os países pós-comunistas, que igualmente não contavam com o desenvolvimento da sociedade civil e dos setores privados. Sem que houvesse a forte pressão externa, ter-se-iam tornado países ditatoriais ou plenamente

²⁸⁸ Em livre tradução do original: “*Abusive constitutionalism has several features. First, it involves the use of constitutionally permissible methods to modify an existing constitution.209 Second, it involves the adoption of numerous amendments to the existing constitution. Third, taken individually, the amendments may not be inconsistent with normative constitutionalism.210 But, finally, considered as a package, the amendments threaten normative constitutionalism*”. Ibidem, p. 433.

²⁸⁹ LEVITSKY; WAY, op. cit., 2020.

autoritários. Daí surgiram os primeiros regimes híbridos, ou seja, o autoritarismo competitivo.²⁹⁰

Essa primeira geração do autoritarismo competitivo ficou marcada pela maior facilidade na manipulação das instituições estatais, no aliciamento dos meios de comunicação e da oposição política. Os protestos eram esporádicos e escassos. Diante disso, os líderes não precisavam arregimentar grandes maiorias eleitorais, tampouco precisavam ser politicamente habilidosos ou carismáticos para subverter a democracia.²⁹¹

Ocorre que esse cenário se altera no limiar do século XXI. A ascensão da China e da Rússia, paralelamente à longínqua e indefinida incursão estadunidense nos territórios de Afeganistão e Iraque²⁹² e à crise financeira de 2008, estremeceram o prestígio do mundo ocidental. A capacidade de promover a democracia e coibir o autoritarismo diminuiu na mesma proporção que a dependência ocidental²⁹³ de governos com tais tendências autoritárias.

Um exemplo que denota a perda do fôlego europeu em coibir práticas autoritárias em territórios que já se submeteram à grande influência é a Hungria, cuja trajetória já se expôs linhas atrás. No caso dos EUA, o bastião da democracia na América, a fraqueza se expõe em Honduras e Nicarágua, esta que já cruzou a linha do autoritarismo. Todos os casos irromperam por volta do final da primeira década deste século. Em síntese, o que se vê é uma maior leniência da comunidade internacional diante de casos de autoritarismo, este que deixou de ser vigorosamente sancionado como no período imediatamente posterior à Guerra Fria.²⁹⁴

Segundo Levitsky e Way²⁹⁵, as raízes do hibridismo encontram causas de naturezas externa (internacional) e interna que impedem o regresso total do autoritarismo. Em âmbito internacional, as maiores economias do planeta são predominantemente democracias. Ademais, não há nenhum modelo alternativo capaz de mobilizar camadas da sociedade como já o fizeram o fascismo e o comunismo nas décadas de 20 e 30. Mesmo que não haja unanimidade a respeito da democracia, existe certo apreço pela instituição das eleições multipartidárias competitivas:

²⁹⁰ Ibidem.

²⁹¹ Ibidem.

²⁹² “As guerras do século XXI terminam sem desfiles triunfais nem chuvas de confete. Os Estados Unidos se retiraram há três anos do Iraque sem cumprir os objetivos propostos na invasão de 2003. E esta semana o país concluiu a missão de combate no Afeganistão – a guerra mais longa da história dos EUA, mais que a Segunda Guerra Mundial e que o Vietnã – com uma cerimônia discreta em Cabul, um comunicado do presidente Barack Obama, e os talibãs comemorando a derrota dos aliados. A era das vitórias da maior potência terminou.” BASSETS, Marc. *Estados Unidos se acostumam às guerras sem vitória e sem fim*. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2015/01/01/internacional/1420094678_293384.html>. Acesso em: 26 jun. 2021.

²⁹³ Dependência suprida pelo suporte russo, chinês e, em alguns casos, iraquiano e venezuelano. LEVITSKY; WAY, op. cit., 2020.

²⁹⁴ Ibidem.

²⁹⁵ Ibidem.

[...]As sociedades podem não ser profundamente engajadas nos princípios da democracia liberal, mas as pessoas preferem eleições competitivas, e em particular elas dão valor à possibilidade de rejeitar os maus governantes nas urnas. Por isso que cidadãos mundo afora – mais recentemente, na Argélia, Armênia, Bolívia, Burkina Faso, Hong Kong, Nicarágua, Rússia, Sudão e Venezuela – continuam a tomar as ruas para exigir ou defender eleições competitivas. Apesar de o Liberalismo ocidental encarar diversos desafios, pois, a instituição das eleições multipartidárias permanece notavelmente fortalecida.²⁹⁶

Na ordem interna, um Estado efetivamente fraco, com uma débil economia, incapaz de fornecer serviços à população é uma causa que obsta a formação de um regime plenamente autoritário. Por conseguinte, forças policiais subfinanciadas e indisciplinadas são outrossim incapazes de sufocar protestos e de conter a oposição. Por último, partidos enfraquecidos, sem coesão, também atravancam a concentração de poder. Em suma, de face a Estado e partidos frágeis, um autocrata em potencial carece de organização e de capacidade coercitiva para triunfar.²⁹⁷

A nova faceta do autoritarismo competitivo, porém, despontou nos últimos anos em países contemplados com instituições democráticas relativamente mais fortes, como em Turquia, Hungria, Filipinas e Venezuela:

Lá [nesses países] existiam judiciários relativamente independentes e o Estado de Direito era mais ou menos estável. Economias eram mais desenvolvidas, e existiam setores privados robustos, sociedades civis vibrantes, e fortes partidos políticos opositores. Nesses casos, então, virar o campo de jogo era consideravelmente difícil. Os governantes confrontaram juízes independentes, meios de comunicação livres e prestigiados, e oposições com recursos suficientes para efetivamente mobilizar apoiadores tanto nas ruas quanto nas urnas²⁹⁸.

Decerto que, diante de um cenário ainda de préstimo à democracia, com a presença de instituições que fazem resistência a ímpetos autocráticos mais vorazes, o autoritarismo competitivo teve de se reinventar por métodos cada vez mais requintados. Eis o período cunhado de “pós-pós-Guerra Fria”:

²⁹⁶ Ibidem. Livre tradução do original: “*Societies may not be deeply committed to the principles of liberal democracy, but people like competitive elections, and in particular they value the ability to vote out bad governments. This is why citizens across the world—most recently, in Algeria, Armenia, Bolivia, Burkina Faso, Hong Kong, Nicaragua, Russia, Sudan, and Venezuela—continue to take to the streets to demand or defend competitive elections. Although Western liberalism faces diverse challenges, then, the institution of multiparty elections remains remarkably strong*”.

²⁹⁷ Ibidem.

²⁹⁸ Ibidem. Livre tradução do original: “*There existed reasonably independent judiciaries and the rule of law was more or less established. Economies were more developed, and there were robust private sectors, vibrant civil societies, and strong opposition parties. [...] In these new cases, then, tilting the playing field was considerably harder. Incumbents confronted independent judges, prestigious independent media outlets, and oppositions with the resources to effectively mobilize supporters both on the streets and at the ballot box*”.

[...]Virar o campo de jogo em países como Hungria, Filipinas, Turquia e Venezuela requer, portanto, maior destreza, estratégias mais sofisticadas e maior mobilização popular. [...]Autocratas em potencial devem primeiro comandar maiorias eleitorais significativas e, então, implementar estratégias plebiscitárias ou “hipermajoritárias” para alterar as regras constitucional e eleitoral do jogo do poder, com o objetivo de enfraquecer oponentes e se manter no poder²⁹⁹.

Os autores alertam que as maiorias eleitorais são alcançadas via polarização feita por estratégias populistas ou etnonacionalistas³⁰⁰. Ao término se deixa claro que democracias estáveis do Ocidente tendem a manifestar sinais desse hibridismo, citando-se os EUA de Trump.

Por isso aqui também se enquadra o Constitucionalismo Abusivo tal instrumento de eversão democrática dos potenciais autoritários, dado que eles necessitam de novos métodos sofisticados, leia-se, aparentemente legítimos, constitucionais. Em verdade, as investidas desse fenômeno devem ser enxergadas de forma contextualizada, lidas como uma espécie de comportamento padrão associado a mais uma forma de autoritarismo atual. Pode-se inseri-lo no contexto ainda maior de crise do modelo representativo que se traçou no capítulo segundo.

Em ambos os contextos nos quais se insere, seja como reflexo de um peculiar autoritarismo de época, seja como uma de várias causas que descredibilizam o mandato representativo, o Constitucionalismo Abusivo tensiona o modelo de democracia liberal engendrado pela civilização ocidental. E deve ser observado com cautela, pois os mecanismos tradicionais de contensão do arbítrio que poderiam com ele lidar costumam falhar.

²⁹⁹ Ibidem. Livre tradução do original: “[...]Tilting the playing field in countries such as Hungary, the Philippines, Turkey, and Venezuela thus requires greater skill, more sophisticated strategies, and far more extensive popular mobilization. [...]Prospective autocrats must first command sizeable electoral majorities, and then deploy plebiscitarian or hypermajoritarian strategies to change the constitutional and electoral rules of the game so as to weaken opponents and lock in the prospective autocrats’ own hold on power”.

³⁰⁰ Diz-se etnocêntrica a atitude que põe uma etnia acima das outras. C.f: BARFIELD, Thomas (ed.). *Diccionario de Antropología*. Barcelona: Bellaterra, 2001, p. 252. Vale assinalar que etnocentrismo não se confunde com nacionalismo, assim como nação não se confunde com etnia. Uma das principais diferenças é que, ao contrário da nação, a etnia – enquanto grupo social que se identifica pelo compartilhamento da mesma língua, cultura, tradições – espontaneamente prescinde do Estado nacional para se manter. C.f: LEVI, Lucio. Etnia. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco, op. cit., p. 450. Segundo Manuel Castells, foi por meio desse expediente etnocêntrico que Donald Trump conseguiu se eleger em 2016 num conturbado processo eleitoral. Em torno de um movimento identitário que se criou em consequência do deslocamento mundial da economia pela globalização e da diversidade étnica oriunda da imigração, Trump angariou os votos da população branca de todas as classes sociais, a começar pelos setores populares, que inicialmente se sentiram mais ameaçados. Esse movimento propõe a volta ao Estado como centro de decisão acima das oligarquias econômicas globais, a volta à nação, excluindo-se todos os que não compartilham os mesmos traços culturais originários, a volta da “raça originária” como etnia majoritária, a volta enfim de todas as instituições e fundamentos que lembram a configuração inicial dos Estados Unidos da América. Trump encarnou esse discurso e se apresentou como o *outsider* que lutava contra esse estado de coisas. Para uma análise mais acurada dessa questão: CASTELLS, Manuel. *Ruptura: A crise da democracia liberal*. Tradução Joana Angélica d’Avila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 37-53.

Segundo Landau³⁰¹, alguns mecanismos de proteção democrática já foram implementados em âmbito constitucional interno e em âmbito internacional, mas não são eficazes contra o Constitucionalismo Abusivo. Eles merecem alguns comentários sucintos a seguir.

Em nível interno, o primeiro mecanismo é a inserção de cláusulas de banimento partidário (*party-banning clauses*). Elas nasceram na Alemanha pós-Segunda Guerra como uma reação ao nazismo e conferem poderes à corte constitucional para que se exclua partidos com ideais essencialmente antidemocráticos, como foram os partidos neonazista e comunista alemães na década de 50³⁰². Elas seriam inócuas contra o Constitucionalismo Abusivo pois, como se disse, nesse cenário as personagens não demonstram explicitamente seus movimentos antidemocráticos. A ameaça não visa a destroná-lo, senão se aproximar retoricamente do regime democrático para dele se servir.

Ademais, os movimentos constitucionalmente abusivos tendem a congregar certo apoio majoritário, o que representa mais uma dificuldade a se transpor. O banimento de um partido de apelo popular pode incitar protestos, que eventualmente levariam o regime a ostentar um alto nível de censura ou a permitir o reingresso do partido banido.³⁰³

Outro mecanismo é a inserção de limites escalonados em matéria de emenda constitucional (*tiered constitutional amendment thresholds*), que consiste basicamente na maior proteção de partes importantes da Constituição por meio de requisitos supermajoritários. Com isso, pode-se adotar um elevado quórum de aprovação da emenda ou incluir-se um componente popular, como um referendo, para ratificar a mudança constitucional.³⁰⁴

Pode-se, ainda, incluir um requisito temporal. Estabelece-se um período de pausa entre dois turnos de votação, com vistas a evitar a alteração prematura por causa de efêmeras

³⁰¹ LAUNDAU, op. cit.

³⁰² Confira-se o art. 21, números 2 e 4, da Lei Fundamental de Bonn, Constituição vigente na Alemanha, publicada em 1949: “Os partidos que, de acordo com seus objetivos ou o comportamento de seus apoiadores, visem prejudicar ou eliminar a ordem de base democrática livre ou colocar em risco a existência da República Federal da Alemanha, são inconstitucionais. [...] O Tribunal Constitucional Federal decidirá sobre a questão da inconstitucionalidade nos termos do n.º 2 e da exclusão do financiamento estatal nos termos do n.º 3. No original: “Parteien, die nach ihren Zielen oder nach dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgehen, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden, sind verfassungswidrig. [...] Über die Frage der Verfassungswidrigkeit nach Absatz 2 sowie über den Ausschluss von staatlicher Finanzierung nach Absatz 3 entscheidet das Bundesverfassungsgericht”. Veja-se em: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Disponível em: <https://www.bundestag.de/gg>. Acesso: 5 mar 2021.

³⁰³ LANDAU, op. cit. O autor cita a experiência turca.

³⁰⁴ Ibidem.

maiorias³⁰⁵, ou se impõe a ocorrência de eleições intervenientes entre tais turnos, a fim de se permutarem os corpos legislativo e executivo.

Segundo Landau³⁰⁶, o problema maior seria a escolha das disposições constitucionais que merecem proteção. O que normalmente se faz é resguardar princípios e cláusulas abertas, como a dignidade da pessoa humana ou o sufrágio universal. Contudo, um ataque frontal de pretensos autoritários a princípios nucleares é altamente improvável, já que suas investidas partem de uma base constitucional. Como descrito linhas atrás, as personagens do Constitucionalismo Abusivo preferem atacar outras disposições usualmente desprotegidas que impactam diretamente nas instituições responsáveis por controlar suas atuações (*horizontal accountability*) – tamanho, composição e mandato de titulares do Judiciário por exemplo.

O último mecanismo interno é a doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais (*the unconstitutional-constitutional amendments doctrine*). Sustenta-se que uma emenda constitucional pode ser substancialmente inconstitucional. Essa doutrina possui um viés extremamente contramajoritário. Tal qual os outros mecanismos, ela se mostra eficaz na contenção de movimentos notoriamente antidemocráticos diante da dificuldade de precisão sobre seu objeto. Isso porque a doutrina pode ser abrangente demais, nulificando alterações legítimas, ou abrangente de menos ao deixar de nulificar emendas flagrantemente ilegítimas em decorrência de pressão política.³⁰⁷

Não se deve esquecer dos processos de substituição de uma Constituição por outra. Landau³⁰⁸ adverte que isso também deveria ser objeto de análise e que a clássica ideia de que o constituinte originário é um poder ilimitado pode ser perigosa, na medida em que os regimes híbridos detêm o comando do processo legislativo. Por isso, na sua visão, as Constituições deveriam regular as condições sob as quais uma nova Constituição poderia ser elaborada, bem como seu processo de elaboração.

³⁰⁵ No bojo da ADI 4.425, o STF, apesar da ressalva de que o processo de emenda constitucional deva ser suficientemente refletido e debatido, ratificou que a CRFB, em seu art. 60, §2º, não previu interstício temporal entre os dois turnos de votação no Congresso Nacional para a aprovação de emendas constitucionais. Sustentou-se que a EC 62/2009 padeceria de inconstitucionalidade formal, pois os dois turnos de votação no Senado aconteceram no mesmo dia e em menos de uma hora entre ambos, o que violaria a teleologia da Constituição. O Ministro Luiz Fux, por outro lado, argumentou que houve silêncio eloquente pelo constituinte, o qual, constituinte, resolveu dispor um interstício mínimo de dez dias quando da criação de leis orgânicas municipal e distrital, nada dispondo sobre o procedimento de emenda constitucional. Para além disso, o constituinte teria assim optado, não se podendo afirmar desconhecimento sobre a questão, tendo em vista constituições pretéritas que previram alguns requisitos temporais em hipóteses de emenda e de revisão constitucionais. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.425. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur252204/false>>. Acesso em: 7 mar. 2021.

³⁰⁶ LANDAU, op. cit.

³⁰⁷ Ibidem.

³⁰⁸ Ibidem.

Na seara internacional também existem mecanismos de defesa democrática, igualmente inócuos. O primeiro deles é a instituição das chamadas cláusulas democráticas no bojo de tratados multilaterais regionais. Por meio delas costuma-se punir ou sancionar países que interrompam o transcurso da democracia³⁰⁹. Muito comum serem ativadas defronte de golpes militares, mas ineficazes ante atos constitucionalmente abusivos. Isso porque os autoritários deste regime não violam flagrantemente as normas constitucionais, tampouco parecem depor ou “golpear” a democracia.³¹⁰

Por fim, o autor sugere a criação de um órgão externo de controle incumbido de interpretar as Constituições dos países e julgar a responsabilidade por atos inconstitucionais – o que esbarraria em questões de legitimidade, soberania e consenso dos países. A proposta mais arrojada é a instituição de uma Corte Constitucional Internacional que operaria como uma comissão internacional, de modo a denunciar as irregularidades perante um organismo internacional já existente ou a ser criado.³¹¹

Paralelamente, Levistky e Ziblatt³¹² elucidam que o bom funcionamento das instituições democráticas também depende da observância de normas não escritas que consubstanciam um código de conduta compartilhado. Dentre essas normas não escritas em lei pode-se citar a cortesia e a reciprocidade. A cortesia se aproxima da ideia de se evitar ataques pessoais ou constrangedores a adversários; a reciprocidade, o comedimento no uso do poder e a abertura à cooperação entre adversários.

As normas mais importantes, todavia, são a tolerância mútua e a reserva institucional. A tolerância mútua significa não tratar os adversários políticos como inimigos existenciais. Eles têm direito a existir e a disputar o poder desde que respeitadas as regras procedimentais: “é a disposição dos políticos de concordarem em discordar”³¹³.

A segunda norma crucial é a reserva institucional, que “pode ser compreendida como ato de evitar ações que, embora respeitem a letra da lei, violam claramente o seu espírito”³¹⁴. Significa evitar o uso ao máximo das prerrogativas institucionais, de sorte a conter a ideia de

³⁰⁹ Veja-se o art. 9º da Carta da Organização dos Estados Americanos: “Um membro da Organização, cujo governo democraticamente constituído seja deposto pela força, poderá ser suspenso do exercício do direito de participação nas sessões da Assembleia Geral, da Reunião de Consulta, dos Conselhos da Organização e das Conferências Especializadas, bem como das comissões, grupos de trabalho e demais órgãos que tenham sido criados”. CARTA DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm#ch1>. Acesso em: 10 mar. 2021.

³¹⁰ LANDAU, op. cit.

³¹¹ Ibidem.

³¹² LEVITSKY; ZIBLATT, op. cit., p. 117 e seg.

³¹³ Ibidem. p. 104.

³¹⁴ Ibidem, p. 107.

um “vale-tudo” pelo poder. O contrário disso se coaduna com o que Mark Tushnet³¹⁵ denomina jogo duro constitucional (*constitutional hardball*).

Quando a classe política abandona essas normas não escritas, dando azo a grande hostilidade partidária, isso impacta a sociedade, que se polariza por consequência. Por sua vez, a polarização da sociedade retroalimenta o cenário político, o que força ainda mais o abandono das normas não escritas da tolerância mútua e da reserva institucional.³¹⁶ A quase desintegração das normas básicas indica que por detrás há uma intensa animosidade partidária que incita os eleitores a se dividir por questões de raça, religião, geografia, ou seja, uma animosidade que promove o sectarismo social.³¹⁷

Para reverter essa situação, os autores indicam que os esforços devem se canalizar no seguinte sentido. Primeiramente a oposição deve, além de evitar o uso extremado de suas prerrogativas institucionais – afastando-se, assim, eventuais justificativas para atitudes autoritárias –, restabelecer as normas democráticas não escritas. A derrota a ser imposta ao autoritário deve se dar sempre por intermédio das instituições democráticas.³¹⁸

Outro movimento seria a formação de uma ampla coalização no bojo da oposição. Não se trata de uma coalização entre semelhantes, senão a união de grupos dissidentes que convergem numa frente pela democracia, encontrando-se bases morais comuns entre si. Os partidos devem marginalizar os extremistas em suas fileiras e não lhes declarar apoio.³¹⁹

Eis o Constitucionalismo Abusivo e seu pano de fundo razoavelmente minudenciado. Far-se-á na sequência uma análise sobre sua presença em solo nacional, sondando-se o que já se discute sobre isso no Brasil.

3.2. Análise do contexto brasileiro: está-se diante de um Constitucionalismo Abusivo?

³¹⁵ TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball. *The John Marshall Law Review*, v. 37, p. 523-553, 2004. Disponível em: <<https://dash.harvard.edu/handle/1/12916580>>. Acesso em: 22 mar. 2021. “It consists of political claims and practices-legislative and executive initiatives-that are without much question within the bounds of existing constitutional doctrine and practice but that are nonetheless in some tension with existing pre-constitutional understandings.” Em livre tradução: “Isso consiste em reivindicações e práticas políticas – de iniciativa do Legislativo e do Executivo – que sem dúvida se enquadram dentro dos limites da doutrina e prática constitucionais, mas que estão em certa tensão contra os entendimentos pré-constitucionais”. Quando o autor se refere a “entendimentos pré-constitucionais”, ele alude aos pressupostos que subjazem o funcionamento de um governo constitucionalista, como as concepções ou convenções pré-constitucionais que se tem acerca do papel das instituições.

³¹⁶ LEVITSKY; ZIBLATT, op. cit., p. 115-116.

³¹⁷ Ibidem, p. 161-162.

³¹⁸ Ibidem, p. 194-218.

³¹⁹ Ibidem. Os autores também chamam a atenção para a realização de justiça social e para a solução de questões étnico-raciais, dado seu potencial polarizador.

O termo Constitucionalismo Abusivo ganhou eminência em âmbito nacional após o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 622³²⁰, oriunda do Distrito Federal. A ação analisou o Decreto 10.003/2019, expedido pelo Presidente da República, que modificou normas sobre a constituição e o funcionamento do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente – Conanda, em face de normas da Constituição da República. Em síntese, alegou-se que o decreto esvaziava a participação da sociedade civil no conselho em afronta aos princípios da democracia participativa, da integral proteção à criança e ao adolescente.

O Conanda é um órgão colegiado de caráter deliberativo que integra o Executivo federal, cujo rol de competências se inclui, dentre outras, a elaboração de normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, e a fiscalização das ações de execução em tal seara de política pública³²¹. Ele foi criado em função da proteção prioritária dispensada pela Constituição da República à criança, ao adolescente e ao jovem³²². A mesma Carta da República determinou que, no atendimento aos direitos desses personagens, deve haver a participação da população por meio de organizações representativas³²³.

Diante disso, o Decreto 10.0003/2019, alterando o Decreto nº 9.579/2019, destituiu imotivadamente todos os membros do Conanda no curso dos seus mandatos; alterou o método de escolha de representantes das entidades da sociedade civil, de sorte a permitir que o Estado interviesse diretamente na seleção deles; recusou o custeio público do deslocamento dos conselheiros que não residissem no Distrito Federal, este o local de reunião do conselho; reduziu o número de reuniões do órgão; dentre outras alterações.

A fundamentação do acórdão da lavra do Ministro Luís Roberto Barroso contou com a exposição do fenômeno do Constitucionalismo Abusivo, por ele percebido como:

A atuação de líderes carismáticos, eleitos pelo voto popular, que, uma vez no poder, modificam o ordenamento jurídico, com o propósito de assegurar a sua permanência no poder. O modo de atuar de tais líderes abrange: (i) a tentativa de esvaziamento ou enfraquecimento dos demais Poderes, sempre que não compactuem com seus propósitos, com ataques ao Congresso Nacional e às cortes; (ii) o desmonte ou a captura de órgãos ou instituições de controle, como conselhos, agências reguladoras, instituições de combate à corrupção, Ministério Público etc; (iii) o combate a organizações da sociedade civil, que atuem em prol da defesa de direitos no espaço público; (iv) a rejeição a discursos protetivos de direitos fundamentais, sobretudo no

³²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 622*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5774611>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

³²¹ Artigo 2º, inciso I, da Lei 8.242, de 12 de outubro de 1991. BRASIL. *Lei nº 8.242, de 12 de outubro de 1991*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18242.htm>. Acesso em: 22 mar. 2021.

³²² Artigo 227, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil. BRASIL, op. cit., nota 105.

³²³ Artigo 227, §7º, combinado com o artigo 204, inciso II, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil. BRASIL, op. cit., nota 105.

que respeita a grupos minoritários e vulneráveis – como negros, mulheres, população LGBTI e indígenas; (v) o ataque à imprensa, sempre que leve ao público informações incômodas para o governo³²⁴.

Vale pontuar que, como exposto anteriormente, o Executivo não é o único poder a se valer das práticas abusivas, malgrado seja o mais propenso a se deixar influenciar por elas. O Legislativo também pode – pela aquisição de maiorias parlamentares ou pela proeminência de um partido – abusar dos instrumentos constitucionais para o entrincheiramento de uma classe no poder, inclusive em sistemas presidencialistas, pois mais instáveis em momentos de crise.

Em primeiro de março de 2021, o Tribunal Pleno, em sessão virtual, por maioria ratificou a decisão monocrática e firmou a seguinte tese de julgamento: “É inconstitucional norma que, a pretexto de regulamentar, dificulta a participação da sociedade civil em conselhos deliberativos”³²⁵. Entendeu-se que as medidas promovidas pelo citado decreto conferiam ao Executivo o controle da composição e das decisões tomadas pelo Conanda.

Tramita também no Supremo Tribunal Federal a ADPF n° 623³²⁶ questionando as alterações que o Decreto n° 9.806, de 28 de maio de 2019 promoveu no Decreto n° 99.274, de 6 de junho de 1990, para instituir novas regras de composição e indicação dos integrantes do Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama. Na mesma esteira da ADPF anterior, a Procuradoria Geral da República sustenta o esvaziamento da representação da sociedade civil no Conama e a violação a princípios, como a democracia participativa e a igualdade, ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à vedação do retrocesso institucional e socioambiental.

Atualmente o julgamento dessa ação foi suspenso diante do pedido de vista do Ministro Nunes Marques. Já houve a prolação dos votos dos Ministros Rosa Weber (Relatora), Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Marco Aurélio, todos no sentido do provimento do pedido, a fim de declarar a inconstitucionalidade do indigitado decreto.

³²⁴ BRASIL, op. cit., nota 320.

³²⁵ Ibidem. Verificou-se também a ilegalidade do decreto por violar os artigos 3° e 2°, XI, ambos da Lei 8.242, de 12 de outubro de 1991 – os quais estabelecem a paridade na representação dos membros do conselho e atribuem a esse a regulamentação de seu próprio funcionamento – e por alterar lei formal, alijando a participação do Congresso Nacional.

³²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n° 623. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5774620>>. Acesso em: 22 mar. 2021. No dia 17 de dezembro de 2021, a relatora deferiu a medida de urgência *ad referendum* do Plenário para suspender a eficácia do Decreto n. 9.806, de 29 de maio de 2019, até o final do julgamento do mérito da ação.

Antes, porém, já se discutia sobre o Constitucionalismo Abusivo. Estefânia Barboza e Ilton Filho³²⁷ prelecionam que ele ocorre de duas formas, uma estrutural e outra episódica. A forma estrutural seria a mais crítica, indo ao encontro da concepção de Landau³²⁸, no sentido de que se trata da utilização de emendas constitucionais ou de substituição de documentos constitucionais com o fito de entrincheiramento no poder. Por outro lado, o Constitucionalismo Abusivo episódico versaria sobre a utilização de outros institutos constitucionais em descompasso com o espírito da Democracia Constitucional, e atingiria Democracias Constitucionais mais sólidas.

Também se percebe aqui a possibilidade de expansão da categoria, principalmente com base no contexto ao qual ela se insere. O contexto é o do hiperpresidencialismo latino-americano que se desenvolveu como herança da era autoritária latino-americana.³²⁹ Nele, a figura do Presidente da República concentra um excesso de faculdades conferidas pela Constituição, essas que foram se ampliando ainda mais pela interpretação dos tribunais e por uma série de acontecimentos que culminaram na expansão do Poder Executivo sobre os demais poderes³³⁰.

Diante disso, entendem os autores que o presidencialismo brasileiro pode interferir no harmônico funcionamento da democracia quando em casos de presidente “forte” ou presidente “fraco”. Os presidentes exageradamente “fortes” podem se evadir dos mecanismos de *accountability* horizontal, mormente a contenção dos demais poderes, o que abre caminho para

³²⁷ BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Constitucionalismo Abusivo: fundamentos teóricos e análise da sua utilização no Brasil contemporâneo. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte ano 12, nº 39, p. 79-97, jul./dez. 2018.

³²⁸ LANDAU, op. cit.

³²⁹ BARBOZA; ROBL FILHO, op. cit., p. 80-84.

³³⁰ NINO, Carlos Santiago. El Presidencialismo y la Justificación, Estabilidad y Eficiencia de la Democracia. *Propuesta y Control*, p. 39-56, set./out. 1990. Dentre as faculdades que ampliaram sobremaneira a influência do presidente em relação aos sistemas de governo parlamentarista puro e presidencialista puro, Nino, com os olhos voltados à Argentina, mas em relativa proximidade à situação brasileira, destaca: a possibilidade de escolha dos ministros sem reprimenda parlamentar; a possibilidade de decretação do estado de sítio com o Congresso em recesso (no caso brasileiro, o Congresso deverá ser imediatamente convocado pelo Presidente do Senado para se reunir em até cinco dias, a fim de apreciar o ato), podendo efetuar prisões sem julgamento prévio; a possibilidade de intervenção em certas províncias (o que se assemelha à intervenção federal brasileira); o encurtamento da sessão legislativa; a possibilidade de apenas o presidente convocar extraordinariamente o Congresso. Some-se a isso o desordenado crescimento da administração central, que conferiu ao presidente a capacidade de nomear subordinados a empresas estatais de grande monta, bem como ao Banco Central – que no ordenamento brasileiro é uma importante autarquia federal –, influenciador direto da economia do país. Há ainda a herança do “golpismo” que alimenta o imaginário popular de que o presidente é capaz de fazer tudo, não se importando com os limites constitucionais. Sucedia que, após o fechamento do Congresso, o ataque à autonomia de juízes e a censura às universidades, esse vácuo de poder gerava a expansão da presidência nas mãos dos ditadores. Contudo, os grupos de interesse, reflexo do corporativismo estatal, não são facilmente afastados pelos métodos convencionais da separação de poderes e da representação política. Por isso, Nino rechaça a teoria pluralista de democracia e exalta o viés epistemológico e dialogal da democracia.

as formas contemporâneas de autoritarismo, que incluem o Constitucionalismo Abusivo em seu arsenal.³³¹

Já os presidentes “fracos” também gerariam instabilidade política, ocasionada pela perda de popularidade ou pela falta de apoio parlamentar. No ponto, os autores apontam a ausência de golpes de Estado nesse íterim democrático, mas sublinham as crises institucionais brasileiras que levaram a dois *impeachments*.³³²

Portanto, o presidencialismo brasileiro é um fator potencialmente desestabilizador da democracia, o que já era observado por Juan Linz³³³ de modo geral no final da década de 80. O presidencialismo tende a conceber uma democracia mais instável que o parlamentarismo, com a única exceção dos EUA. Isso porque a dupla fonte de legitimidade popular (presidente e Legislativo) e o mandato por tempo fixo podem trazer a lume alguns problemas.

A começar pelas eleições presidenciais, elas desencadeiam o que se chama “jogo de soma zero”, porquanto o “vencedor leva tudo”. Como na maioria das vezes as leis eleitorais possibilitam a concorrência entre os dois candidatos mais votados, isso alavancaria a polarização da sociedade e perigosamente poderia conferir importância a partidos extremistas na formação de coalizões, sejam estas pré ou pós-eleições.³³⁴

Aos candidatos derrotados e aos seus partidos resta aguardar as próximas eleições sem a expectativa de integrarem o gabinete do governo. Consequentemente, vaticina Nino³³⁵ que há tamanha dinâmica de confrontação entre os partidos que culmina com bloqueios aos poderes estatais, como se um poder boicotasse o outro.

É bem verdade que no presidencialismo o povo pode escolher diretamente seu representante. O lado pernicioso é que, mesmo havendo situações em que uma ligeira maioria se sagre vencedora (51% de votos válidos), há presidentes que se sentem tribunos do povo ou da nação por inteiro. Com isso, tendem a execrar qualquer oposição a sua agenda, tachando-a contrária aos desígnios nacionais. Esse constante embate cria uma atmosfera adversa a negociações, coalizões no curso do mandato e compartilhamentos de poder.³³⁶

Quando, porém, o presidente anda em rugas com o Parlamento – ambos depositários da legitimidade popular – principalmente quando em meio a conturbações sociais e econômicas, não existem regras precisamente claras que apontem uma solução. Caso a figura do presidente

³³¹ BARBOZA; ROBL FILHO, op. cit., p. 81.

³³² Ibidem, p. 89. Os autores entendem que também haveria Constitucionalismo Abusivo quando o Legislativo se valesse de cláusulas constitucionais para enfraquecer o Executivo.

³³³ LINZ, Juan José. The Perils of Presidentialism. *Journal of Democracy*, v. 1, nº 1, p. 51-69, 1990.

³³⁴ Ibidem.

³³⁵ NINO, op. cit., 1990.

³³⁶ LINZ, op. cit., 1990.

sofra maior desgaste, haverá ainda o resto do período de mandato para governar, mesmo sem apoio popular ou político. Qualquer mecanismo de deposição, como o *impeachment*, seria custoso, incerto e demorado.³³⁷

Por outro lado, em se instalando uma crise no governo parlamentarista, o Legislativo pode dissolver o gabinete do primeiro ministro e, em comum acordo entre as lideranças deste Poder, fazer uma nova indicação. Há maior tendência de acomodar as diversas facetas partidárias com uma fatia do poder.³³⁸

Por conseguinte, haveria menos chances de se instalar uma crise entre poderes no parlamentarismo. Por outro lado, é justamente nesses momentos de crise institucional que sói haver o famigerado entendimento de que se deve aumentar os poderes do órgão unipessoal da República, exagerando-se ainda mais o presidencialismo. Isso só apressaria o caminho para o autoritarismo, com base no maquiavélico aforismo de que os fins justificam os meios.

Estefânia Barboza e Ilton Filho³³⁹ traçam ainda elucidativo paralelo entre o Constitucionalismo Abusivo e a doutrina civilista do abuso de direito. Assim, abusa do direito quem excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes³⁴⁰, bem como abusa-se do processo legislativo constitucional quando se viola a base filosófica do constitucionalismo democrático. Tem-se em vista a limitação do Poder Constituinte Derivado Reformador diante do Poder Constituinte Originário.

De toda forma, o Brasil não hospedaria senão hipóteses de Constitucionalismo Abusivo episódico. Os autores citam o caso que envolveu o paradigma do art. 60, parágrafo segundo, da Constituição da República analisado no bojo da ADI nº 4.425³⁴¹. Houve a tramitação de uma emenda constitucional no Senado em dois turnos que se sucederam em menos de uma hora, o que teria violado o espírito da Democracia Constitucional ao se impossibilitar a formação e a maturação de críticas e debates sobre o objeto da emenda³⁴².

Outro caso teria a ver com a expedição de medidas provisórias – espécie normativa primária – pelo Presidente da República³⁴³. Elas podem ser adotadas em caso de relevância e urgência, ou seja, de forma excepcional. Ocorre que seu uso transcorreu de modo abusivo, proliferando-se em diversas áreas do direito que careciam de urgência e relevância. Contudo, a

³³⁷ Ibidem.

³³⁸ Ibidem.

³³⁹ BARBOZA; ROBL FILHO, op. cit., p. 87.

³⁴⁰ Artigo 187 do Código Civil. BRASIL. *Código Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 6 mai. 2021.

³⁴¹ BRASIL, op. cit., nota 305.

³⁴² BARBOZA; ROBL FILHO, op. cit., p. 88-94.

³⁴³ Ibidem.

Emenda Constitucional nº 32 de 2001³⁴⁴ estabeleceu uma série de limites à edição de tais atos normativos.

No processo legislativo das medidas provisórias, a Constituição prevê sua submissão imediata ao Congresso Nacional para que elas possam ser convertidas (ou não) em lei dentro do prazo de sessenta dias, prorrogável por igual período. Nessa esteira, o que também denotava abuso do processo legislativo era a prática congressional de se valer do trâmite mais célere conferido à conversão das medidas provisórias em lei para a regulamentação de outros assuntos totalmente estranhos ao projeto original³⁴⁵.

Todavia, o STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.127³⁴⁶, declarou a inconstitucionalidade dessa prática, pois em desacordo com o princípio democrático e com o devido processo legal, leia-se, devido processo legislativo. O Congresso Nacional não pode, ao exercer o controle político e jurídico das medidas provisórias, emendá-las para a disposição de questões não pertinentes e que não guardam os requisitos constitucionais de urgência e relevância, pois isso beneficiaria maiorias partidárias e emudeceria minorias dissidentes.

Outras ocasiões observadas pelos autores³⁴⁷ seriam a Emenda Constitucional nº 16 de 1997³⁴⁸, a qual alterou o parágrafo quinto do artigo 14 da Constituição da República para permitir a reeleição de prefeitos, governadores e do Presidente da República para um único período subsequente, e o uso recorrente do *impeachment* como medida drástica de deposição do chefe do Executivo. Todas essas seriam hipóteses que importariam em desgaste democrático.

No recente julgamento da ADI nº 1.805³⁴⁹, o STF declarou a constitucionalidade do parágrafo quinto do artigo 14 da Constituição da República, fixando o entendimento de que a reeleição para um único período subsequente não é capaz de macular o princípio republicano, garantindo-se a transitoriedade no poder. Em arremate, a corte ressaltou que o ordenamento possui mecanismos para coibir eventual abuso de poder pelo uso indevido da máquina pública no pleito eleitoral.

³⁴⁴ BRASIL. *Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc32.htm#art1>. Acesso em: 6 mai. 2021.

³⁴⁵ BARBOZA; ROBL FILHO, op. cit., p. 88-94.

³⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.127*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur347865/false>>. Acesso em: 6 mai. 2021.

³⁴⁷ BARBOZA; ROBL FILHO, op. cit., p. 88-94.

³⁴⁸ BRASIL. *Emenda Constitucional nº 16, de 4 de junho de 1997*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc16.htm>. Acesso em: 6 mai. 2021.

³⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.805*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur438103/false>>. Acesso em: 6 mai. 2021.

Outra abordagem nacional que corrobora a versão aqui deduzida de que o Constitucionalismo Abusivo está enredado num contexto de autoritarismo é trazida por Daniel Nunes³⁵⁰. A Constituição brasileira foi engendrada durante o ciclo democrático que se iniciou em 1974 com a derrota dos candidatos apoiados pela ditadura militar nas eleições daquele ano. Havia antes uma “oposição consentida” num arremedo de democracia, e se elegia apenas deputados, senadores, vereadores e parte dos prefeitos³⁵¹.

O início desse ciclo contou com a crescente participação popular no cenário político e com a captação de seus anseios por parte da “rede dominante”³⁵², o que culminou na Assembleia Constituinte. Desse modo, a Constituição de 1988 nasceu com um extenso catálogo de direitos e promessas, mas teria idealizado um sistema de preservação de velhos privilégios.³⁵³

Com o passar dos anos, a “rede dominante” foi dando sinais de que o projeto político não se sustentaria. O povo, então, passou a ter dificuldades para se ver dentro da Constituição, haja vista que as promessas constitucionais não se cumpriam. Com isso, a Constituição vem sendo desfigurada de seu conteúdo original e implodida por mecanismos que alvejam os direitos sociais – gerando uma crise de legitimidade – e a esfera eleitoral, os dois nódulos nevrálgicos da qualidade democrática, como observado por David Landau³⁵⁴.³⁵⁵

Diante desse deslocamento da ordem originária, o povo se incita insatisfeito e reverbera suas crenças à “rede dominante”, como nas manifestações de 2013, sem pauta específica, antes demonstrando descontentamento com o regime político. Isso poderia ser interpretado como a iminência de um novo ciclo político³⁵⁶. O Constitucionalismo Abusivo enfileiraria, portanto, um dos últimos atos desse processo de esgotamento do projeto que nasceu no Brasil contra a ditadura, porquanto corroboraria o afastamento do espírito original da Constituição.

O Constitucionalismo Abusivo não é, entretanto, uma ferramenta na mão de atores políticos eleitos, leia-se, do Executivo e do Legislativo. Ele também pode contaminar o escoreito funcionamento do Judiciário, sobretudo o STF, como assinalam Estorilio e

³⁵⁰ NUNES, Daniel Capecci. O desmembramento da Constituição de 1988: constitucionalismo abusivo e fim do ciclo político democrático. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 4, edição comemorativa, p.37-62, 2018.

³⁵¹ FARIA, Adriano; FONTENELLE, André. Especial: Senado 74 – A eleição que abalou a ditadura. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/11/14/especial-senado-74-2013-a-eleicao-que-abalou-a-ditadura>>. Acesso em: 6 mai. 2021.

³⁵² Inclui as organizações políticas – e muitas vezes as econômicas – no poder. NUNES, op. cit.

³⁵³ Ibidem.

³⁵⁴ LANDAU, op., cit.

³⁵⁵ NUNES, op., cit.

³⁵⁶ Ibidem.

Benvindo³⁵⁷. Por ser uma corte altamente politizada, ela acaba sofrendo os indesejados influxos da política – o típico lugar majoritário – e pode se transformar em coautora do definhamento democrático.

Sem embargo do seu crucial papel contramajoritário solidificado no exercício do controle de normas inconstitucionais, o Judiciário, por carência de apelo popular, necessita granjear legitimidade a suas decisões. Ele o faz por empréstimo da noção de democracia deliberativa quando, valendo-se dos diálogos intra e extrainstitucionais, confere fundamento a suas decisões pela deliberação: “[...]A deliberação funcionaria, portanto, como um filtro legitimador do processo decisório. [...]Com isso, toda decisão é potencialmente democrática, na medida em que se sujeita ao foro de debates”.³⁵⁸

O dever de justificação racional das decisões e a consequente abertura argumentativa que o acompanha podem abrir espaço para que a deliberação se torne objeto de barganha política na relação entre os poderes. Nesse caso, o Judiciário, valendo-se da última palavra temporária a respeito da Constituição e reafirmando-se guardião desta, barganharia interesses implícitos ou corporativos em troca de decisões envoltas em pretensa racionalidade técnica. O resultado disso seria a invariável erosão da democracia e o enfraquecimento da “expectativa de legitimidade democrática das decisões”.³⁵⁹

O desvio de função da corte se daria de duas formas, segundo Estorilio e Benvindo³⁶⁰: pela sincronicidade e pelo uso seletivo da subsunção. A sincronicidade é um termo emprestado da psicologia analítica jungiana e adaptado para nomear a relação de simultaneidade entre eventos aparentemente desconexos, mas que podem alterar a compreensão da realidade³⁶¹. Desse modo, a sincronicidade promoveria a suspeição da situação em que uma decisão de argumentação jurídica controversa revertesse o sentido de prévia decisão que houvesse gerado conflito institucional, ao mesmo tempo em que o Poder melindrado atendesse a algum interesse da corte. Haveria uma espécie de concessões mútuas que não se dariam às escâncaras.

³⁵⁷ ESTORILIO, Rafael; BENVINDO, Juliano Zaiden. *O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo*. Disponível em: <https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=ff417ec1-eec2-f606-49c5-78fb2f5c9c1b&groupId=265553>. Acesso em 6 mai. 2021.

³⁵⁸ Ibidem.

³⁵⁹ Ibidem.

³⁶⁰ Ibidem.

³⁶¹ Na psicologia analítica de Carl Gustav Jung o termo significa “o acontecimento simultâneo de um certo estado psíquico com um ou mais acontecimentos externos que aparecem como paralelos significativos no estado subjetivo momentâneo – e vice-versa em alguns casos”. Tradução livre de: “sincronicidad significa, por tanto, el acontecimiento simultáneo de un cierto estado psíquico con uno o más sucesos externos que aparecen como paralelos significativos en el estado subjetivo momentáneo – y viceversa em algunos casos.” JUNG. Carl Gustav. *JUNG. Carl Gustav. Sincronicidad*. Málaga: Sirio, S.A., 1988, p. 35.

Já o uso seletivo da subsunção revelaria a falta de isonomia do tribunal em casos muito semelhantes que não guardassem justificativa razoável para decisões dessemelhantes. Tal arranjo teria lugar maximamente nos julgamentos revestidos de conteúdo político com acentuado teor de tensão entre os poderes.³⁶²

De toda forma, o Judiciário é, em regra, mais um alvo que uma peça atuante do Constitucionalismo Abusivo. Destaca-se no cenário brasileiro a recente escalada de acirramento entre os três poderes constituídos e percebe-se a influência das ferramentas virtuais de comunicação, como as redes sociais. Nessa esteira, as *fake news*³⁶³ podem ser usadas adrede para angariar apelo popular contra determinado Poder ou instituição, o que ocasionaria ainda mais desgaste ao harmônico equilíbrio montesquiano.³⁶⁴

Por fim, vale citar que a vigente crise sanitária decorrente da pandemia de COVID-19 causada pela transmissão do vírus SARS-Cov-2 pode se revelar propulsora do Constitucionalismo Abusivo no mundo.³⁶⁵ As pessoas já sentiram na pele a expansão do protagonismo executivo por causa do poder de polícia atrelado às medidas de controle e combate da doença³⁶⁶, o que invariavelmente leva à restrição de alguns direitos fundamentais em prol de outros.

Não se quer com isso questionar a adoção de medidas restritivas, como o isolamento ou a quarentena, previstas em lei e recomendadas com base em estudos científicos, mas chamar atenção para os excessos políticos que podem adentrar esse terreno. Para ilustrar, o Parlamento húngaro – dominado pelo partido Fidesz – aprovou um projeto de lei que confere amplos poderes ao primeiro ministro Viktor Orbán, permitindo que este suspenda leis por decreto, introduza medidas extraordinárias em nome da saúde e da segurança pessoal dos cidadãos,

³⁶² ESTORILIO; BENVINDO, op., cit.

³⁶³ *Fake News* não se confunde simplesmente com notícias falsas. É um termo que se aplica na atualidade para se referir às notícias fraudulentas que são astuciosamente propagadas na sociedade digital com o intuito de desinformar. C.f: BINENBOJM, Gustavo. *LIVE Fake News, Pós-verdade e Discurso de Ódio*. Rio de Janeiro, EMERJ, 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=8IHL-9HzezQ&t=673s>>. Acesso em: 27 jun. 2021.

³⁶⁴ BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz; INOMATA, Adriana. *Constitucionalismo Abusivo e o ataque ao Judiciário na Democracia brasileira*. Disponível em: <https://www.academia.edu/40534685/Constitucionalismo_Abusivo_e_o_Ataque_ao_Judici%C3%A1rio_na_Democracia_Brasileira>. Acesso em: 6 mai. 2021, p. 430-433.

³⁶⁵ ARAGÃO, Suélyn Mattos de; PACK, Ewerson Willi de Lima; MAGGIO, Marcelo Paulo. Covid-19 Como Impulsionadora do Constitucionalismo Abusivo. *Revista de Direito Público*, Brasília, v. 17, nº 94, p. 50-74, jul./ago. 2020.

³⁶⁶ BRASIL. *Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm>. Acesso em: 6 mai. 2021.

prolongue indefinidamente o estado de emergência e criminalize a publicação de informações consideradas distorcidas sobre a crise sanitária, o que poderia ferir a liberdade de imprensa³⁶⁷.

Em plagas brasileiras Aragão, Pack e Maggio³⁶⁸ mencionam alguns casos, dentre os quais se destacam os da ADI 6.351, da MP 979/2020 e da ADPF 690. No primeiro caso, a MP 928/2020 inseriu o artigo 6-B na Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, a fim de suspender os prazos de resposta da Administração a pedidos de informação, desde que os servidores encarregados da resposta – em regime de quarentena, teletrabalho ou equivalentes – necessitassem de acesso presencial ou estivessem envolvidos com as medidas de enfrentamento da pandemia enquanto perdurasse o período de calamidade pública. Eventuais recursos contra negativas que se justificassem nesse dispositivo não seriam sequer conhecidos.

No julgamento conjunto das ADIs 6.347, 6.351 e 6.353, o STF entendeu que essa previsão vilipendia os princípios da publicidade e da transparência, corolários da participação popular na democracia representativa, e a garantia instrumental do princípio democrático. Isso porque, mormente em estado de calamidade pública, o Estado não pode se furtar do dever de municiar a sociedade de informações a respeito da condução dos negócios públicos, sob pena de violação de outras normas constitucionais (artigos 5º, inciso XXXIII e inciso LXXII, e 37, *caput*, ambos da CRFB).³⁶⁹

A MP 979, de 9 de junho de 2020, revogada pela MP 981, de 12 de junho de 2020, visava a atribuir ao Ministro de Estado da Educação a designação de reitor e vice-reitor *pro tempore* para universidades federais. Essa nomeação aconteceria sem o processo de consulta à comunidade, escolar ou acadêmica, tampouco sem a formação de lista tríplice para a escolha dos dirigentes das instituições durante o período da emergência de saúde pública. Os escolhidos ocupariam seus cargos até que se fizesse novo processo de consulta à comunidade, escolar ou acadêmica.³⁷⁰ A eficácia de tal ato normativo poderia prejudicar indevidamente a liberdade acadêmica³⁷¹.

³⁶⁷ SALVADOR, Suzana. *Da Hungria à Bélgica: poderes especiais vieram com o coronavírus. Até quando vão ficar?* Disponível em: <<https://www.dn.pt/edicao-do-dia/31-mar-2020/da-hungria-a-belgica-poderes-especiais-vieram-com-o-coronavirus-ate-quando-va-ficar-12004605.html>>. Acesso em: 6 mai. 2021. BLANCO, Silvia. *Por coronavírus, Hungria permite que ultradireitista Orbán governe por decreto indefinidamente.* Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/internacional/2020-03-30/lei-aprovada-na-hungria-permite-que-orban-amplie-indefinidamente-o-estado-de-alarme-devido-a-pandemia.html>>. Acesso em: 6 mai. 2021.

³⁶⁸ ARAGÃO; PACK; MAGGIO, op. cit.

³⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.347, 6.351 e 6.353.* Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo975.htm#Covid-19%20e%20pedidos%20de%20acesso%20C3%A0%20informa%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 6 mai. 2021.

³⁷⁰ Medida Provisória nº 979, de 9 de junho de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv979.htm>. Acesso em: 6 mai. 2021.

³⁷¹ ARAGÃO; PACK; MAGGIO, op. cit.

No julgamento das ADPF 690, 691 e 692, o STF³⁷² entendeu que a abrupta interrupção na coleta e divulgação de dados epidemiológicos obsta a concretização do direito à saúde, atingindo-se a dignidade da pessoa humana – fundamento da República –, impede a formulação de políticas públicas voltadas ao combate da pandemia de COVID-19 e ainda viola os preceitos do acesso à informação e da transparência/publicidade. A publicidade é garantia instrumental do princípio democrático e, uma vez comprometida, os cidadãos não poderiam fiscalizar a alocação dos recursos, o que diminuiria o índice participativo.

Apesar do destaque conferido pelas doutrinas internacional e nacional, o Constitucionalismo Abusivo não parece ser algo inédito e recente em terras brasileiras. O desvirtuamento da ordem constitucional democrática não ressoa novidade num país profundamente marcado em sua história pelos influxos do autoritarismo político³⁷³.

Em breve cotejo com a realidade estadunidense, país sobre o qual refletiram precipuamente Levitsky e Ziblatt³⁷⁴, chama atenção que sua Constituição bicentenária tenha sido formalmente alterada apenas vinte e sete vezes, afora os métodos informais de mutação constitucional³⁷⁵. No Brasil, levando-se em consideração apenas o interregno democrático sob a égide da Constituição de 1988, já se somam cento e quatorze alterações formais em pouco mais de três décadas³⁷⁶. Ela é oficialmente a Constituição mais emendada da história brasileira³⁷⁷.

Não se ignora o procedimento mais dificultoso de alteração formal da Constituição estadunidense, tampouco os benefícios oriundos da mutação constitucional, que, sem mudança textual, reconhece direitos em decorrência da dinâmica realidade social. O constitucionalismo e a democracia, no entanto, são conceitos que reclamam um ambiente de certa estabilidade política e segurança jurídica para se consolidarem.

Não obstante, é de se questionar a abusividade crônica do constitucionalismo de um país que, em menos de duzentos anos de existência, conta com oito Constituições de diferentes

³⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 690, 691 e 692*. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1000.pdf>. Acesso em: 6 mai. 2021.

³⁷³ Sobre autoritarismo político, c.f: CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2008.

³⁷⁴ LEVITSKY; ZIBLATT, op. cit.

³⁷⁵ *THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES*. Disponível em: <<https://www.archives.gov/founding-docs/constitution>>. Acesso em: 28 jun. 2021.

³⁷⁶ BRASIL. *Emendas Constitucionais*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/quadro_emc.htm>. Acesso em: 17 jan. 2022.

³⁷⁷ *Com mais de 100 emendas, Constituição de 88 é a mais alterada*. Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/288313/com-mais-de-100-emendas--constituicao-de-88-e-a-mais-alterada>>. Acesso em: 28 jun. 2021.

matizes. Destaca-se que a mais longeva entre elas é a Constituição do Império, que ostentou sessenta e cinco anos de vigência, e curiosamente foi emendada uma única vez³⁷⁸.

O Brasil compartilha com a América Latina um passado de coronelismo e caudilhismo, em que a regra foi o mandonismo autoritário. Mesmo no curto período “democrático” anterior ao vigente, entre 1945 e 1964, o Brasil passou por conturbações que incluíram a intensa politização das Forças Armadas³⁷⁹. Percebe-se ainda alguns resquícios desse passado³⁸⁰ que pode informar muito mais sobre o país que as doutrinas estrangeiras.

Esse é o panorama nacional atrelado ao Constitucionalismo Abusivo, que demandará vigília da comunidade jurídico-política em prol do que a todos une: a democracia fecundada pelos pilares do constitucionalismo.

³⁷⁸ NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições Brasileiras*. 3. Ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p. 10.

³⁷⁹ FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 14. ed. atual. e ampl. São Paulo: Edusp, 2012, p. 377-393.

³⁸⁰ SANTOS, Rafa. *CRESCIMENTO DE 108%: Mais de 6 mil militares já exercem funções civis no governo federal, diz TCU*. Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-17/mil-militares-exercem-funcoes-civis-governo-federal#author>>. Acesso em: 30 jun. 2021.

CONCLUSÃO

Este trabalho centralizou a temática das interconexões entre dois institutos visceralmente caros ao direito: a democracia e o constitucionalismo. Em verdade, são dois pilares da vida em sociedade desde há muito, mas ganharam recente destaque no cenário político global, para não mais sair das telas de celulares, computadores e televisões.

O constitucionalismo ocidental é um movimento que tem história. Foi moldado por perdas, lutas e conquistas civilizatórias que o trouxeram até o século XXI. Contou com a colaboração de tantos que já não se dissocia mais do cariz plural e democrático de sua fundamentação. O primeiro capítulo desta obra desvelou, de forma sucinta, algumas veredas desse caminho.

A democracia, também um conceito moldado historicamente, atinge seu ápice como fundamentação do poder limitado pelo constitucionalismo. A fusão desses conceitos produz uma estrutura que é heurísticamente guiada pelo valor implícito da humanidade para o conseguimento do bem comum.

O século passado foi um período sombrio da história humana recente, no qual duas grandes guerras mundiais e outras perversidades varreram para longe as aspirações mais bem-intencionadas. Após um breve período de bonança, um mal-estar surgiu como crise democrática em diversos países, inclusive no Brasil. Esse sintoma foi delineado no capítulo segundo, tratando-se de uma fratura no sistema representativo, que já não comportaria mais os anseios do povo.

O Constitucionalismo Abusivo é mais que o uso desvirtuado da mudança constitucional formal e menos que uma nova espécie de constitucionalismo, senão um modo clandestino e sub-reptício de erosão das bases democráticas de um Estado. Seu lugar é por detrás da legitimidade política e da legalidade, em que as regras do jogo são usadas para burlar o próprio jogo, como foi demonstrado no terceiro capítulo.

Este trabalho sugere, em síntese, uma expansão do conceito de Constitucionalismo Abusivo no Brasil.

Trata-se de um padrão de comportamento que investe contra os direitos fundamentais e a competitividade eleitoral por meio de métodos formais (emendas e substituição constitucionais, mudança constitucional) inerentes ao constitucionalismo e métodos informais (violação de normas não escritas, mutação constitucional). Visa-se à manutenção no poder de determinada classe política situada em qualquer dos três Poderes. Dá-se, com isso, o enfraquecimento da ordem democrática, uma vez que tais práticas não se coadunam com a

axiologia constitucional, mas se aproximam da expressão de um autoritarismo atuante no século XXI.

Verificou-se que no Brasil já existem indícios dessa prática. A tendência é que se intensifique doravante, por artifícios variados, tal como mutações de um vírus em marcha: populismo, *fake news*, censura às liberdades de expressão e de imprensa, discurso de ódio. Uma pandemia. Contudo, a abusividade do constitucionalismo brasileiro talvez não seja algo inédito e recente.

Este trabalho chamou atenção para esse fenômeno. O Constitucionalismo Abusivo deve ser motivo de preocupação, porquanto ele abala a justificação do poder e do direito, prejudicando a sua eficácia, desgastando a sua força moral – as pessoas acreditam menos no direito. Isso desagua numa queda dos níveis democráticos e prejudica as conquistas civilizatórias. Por derradeiro, a eficácia do ordenamento e dos direitos fundamentais se esvai.

Numa Democracia Constitucional, as questões da vida são permeadas pelo diálogo: entre pessoas e entre instituições. A Democracia Constitucional, portanto, está balizada em dois pilares: o do livre mercado de ideias e valores, de um lado, e o da tolerância, de outro.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

AMADO, Juan Antonio García. É possível ser Antokelseniano sem Mentir sobre Kelsen?. *Revista da EMERJ*: Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 52-118, mai./ago. 2019.

ARAGÃO, Suélyn Mattos de; PACK, Ewerson Willi de Lima; Maggio, Marcelo Paulo. Covid-19 Como Impulsionadora do Constitucionalismo Abusivo. *Revista de Direito Público*, Brasília, v. 17, nº 94, p. 50-74, jul./ago. 2020.

ARISTÓTELES. *A Política*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2021.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./fev./mar., 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em 9 jun. 2020.

BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz; INOMATA, Adriana. *Constitucionalismo Abusivo e o ataque ao Judiciário na Democracia brasileira*. Disponível em: <https://www.academia.edu/40534685/Constitucionalismo_Abusivo_e_o_Ataque_ao_Judici%C3%A1rio_na_Democracia_Brasileira>. Acesso em: 6 mai. 2021.

BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Constitucionalismo Abusivo: fundamentos teóricos e análise da sua utilização no Brasil contemporâneo. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 12, nº 39, p. 79-97, jul./dez. 2018.

BARFIELD, Thomas (ed.). *Diccionario de Antropología*. Barcelona: Bellaterra, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O Triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 1-48. 2006. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/issue/view/805>>. Acesso em 20 mai. 2020.

BASSETS, Marc. *Estados Unidos se acostumam às guerras sem vitória e sem fim*. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2015/01/01/internacional/1420094678_293384.html>. Acesso em: 26 jun. 2021.

BLANCO, Silvia. *Por coronavírus, Hungria permite que ultradireitista Orbán governe por decreto indefinidamente*. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/internacional/2020-03-30/lei-aprovada-na-hungria-permite-que-orban-amplie-indefinidamente-o-estado-de-alarmedevido-a-pandemia.html>>. Acesso em: 6 mai. 2021.

BINENBOJM, Gustavo. *LIVE Fake News, Pós-verdade e Discurso de Ódio*. Rio de Janeiro, EMERJ, 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=8IHL-9HzezQ&t=673s>>. Acesso em: 27 jun. 2021.

BOBBIO, Norberto. Democracia. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11. ed. V. 1. Brasília: Ed. UnB, 1998.

_____. *O Futuro da Democracia*. Uma defesa das regras do jogo. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro/ São Paulo: Paz&Terra, 2019.

BODIN, Jean. *Os Seis Livros da República*. Tradução José Carlos Orsi Morel. V.1. São Paulo: Ícone, 2011.

BOLIO, Francisco José Paoli. Crisis de la Democracia Representativa. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. Puebla*, nº 25.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BORGES, Rodrigo Valadão. *O POSITIVISMO JURÍDICO LEGITIMOU O NAZISMO? REFUTAÇÃO E SUPERAÇÃO DE UMA LENDA*. Rio de Janeiro, EMERJ, 2019.

BRACHER, Karl Dietrich. Nacional-socialismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11. ed. V. 1. Brasília: Ed. UnB, 1998.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 jul. 2020.

_____. *Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm>. Acesso em: 6 mai. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.347, 6.351 e 6.353*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo975.htm#Covid-19%20e%20pedidos%20de%20acesso%20%C3%A0%20informa%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 6 mai. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 690, 691 e 692*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1000.pdf>. Acesso em: 6 mai. 2021.

_____. *Emendas Constitucionais*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/quadro_emc.htm>. Acesso em: 28 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4.425*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur252204/false>>. Acesso em: 7 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 622*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5774611>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

_____. *Lei nº 8.242, de 12 de outubro de 1991*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18242.htm>. Acesso em: 22 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 623*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5774620>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 6 mai. 2021.

_____. *Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc32.htm#art1>. Acesso em: 6 mai. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.127*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur347865/false>>. Acesso em: 6 mai. 2021.

_____. *Emenda Constitucional nº 16, de 4 de junho de 1997*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc16.htm>. Acesso em: 6 mai. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.805*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur438103/false>>. Acesso em: 6 mai. 2021.

BURKE, Edmund. Discurso aos eleitores de Bristol. Tradução Gustavo Biscaia de Lacerda. *Revista de Sociologia e Política*. Curitiba, v. 20, n. 44, p. 97-101, nov. 2012, p. 97-101.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARTA DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm#ch1>. Acesso em: 10 mar. 2021.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2008.

CASTELLS, Manuel. *Ruptura: a crise da democracia liberal*. Tradução Joana Angélica d'Avila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

CHURCHILL, Winston. Disponível em: <<https://winstonchurchill.org/resources/quotes/the-worst-form-of-government/#:~:text='Many%20forms%20of%20Government%20have,'>> e <<https://api.parliament.uk/historic-hansard/commons/1947/nov/11/parliament-bill>>. Acesso em: 14 nov. 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 12 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. *Filosofia política*. Porto Alegre: L&PM, 1985.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DENNIGER, Erhard. Segurança, Diversidade e Solidariedade ao invés de Liberdade, Igualdade e Fraternidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 88, p. 21-45, dez. 2003.

DIAMOND, Larry. Elections Without Democracy: Thinking About Hybrid Regimes. *Journal of Democracy*, v. 13, nº 12, p. 21-35, abr. 2002. Disponível em: <https://muse.jhu.edu/article/17195/summary>. Acesso em: 22 mar. 2021.

DIMOULIS, Dimitri. *Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico*. Disponível em: <https://www.academia.edu/1615334/Neoconstitucionalismo_e_moralismo_jur%C3%ADdico#:~:text=1%20Neoconstitucionalismo%20e%20moralismo%20jur%C3%ADdico,pela%20Universidade%20Paris%20DI%20Sorbonne.&text=Entre%20os%20estudos%20brasileiros%20sobre,direito%E2%80%9D%20de%20autoria%20do%20Prof.> Acesso em: 9 jun. 2020.

DIPPEL, Horst. *Constitucionalismo Moderno: introducción a una historia que necesita ser escrita*. Tradução Salvador Sánchez González. *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, nº 6, 2005. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/revista/2064/A/2005>>. Acesso em: 7 mai. 2020.

DWORKIN, Ronald. *Constitucionalismo e Democracia*. Tradução Emílio Peluso Neder Meyer. *European Journal of Philosophy*, v. 3, nº 1, p. 2-11, abr. 1995.

ESTORILIO, Rafael; BENVINDO, Juliano Zaiden. *O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo*. Disponível em: <https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=ff417ec1-eec2-f606-49c5-78fb2f5c9c1b&groupId=265553>. Acesso em 6 mai. 2021.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 14. ed. atual. e ampl. São Paulo: Edusp, 2012.

FARIA, Adriano; FONTENELLE, André. *Especial: Senado 74 – A eleição que abalou a ditadura*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/11/14/especial-senado-74-2013-a-eleicao-que-abalou-a-ditadura>>. Acesso em: 6 mai. 2021.

G1. *Chávez vence referendo na Venezuela e pode se candidatar para 3º mandato*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL1003446-5602,00-CHAVEZ+VENCE+REFERENDO+NA+VENEZUELA+E+PODE+SE+CANDIDATAR+PARA+MANDATO.html>>. Acesso em 5 fev 2021.

HÄBERLE, Peter. *Novos Horizontes e Novos Desafios do Constitucionalismo*. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/search/authors/view?firstName=Peter&middleName=&lastName=Haberle&affiliation=&country=>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Tradução Gabriel Cohn e Álvaro de Vita. *Lua Nova - Revista de Cultura e Política*, nº 36, 1995.

_____. *Direito e Democracia*. Entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. V. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Direito e Democracia*. Entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. V. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAMILTON, Alexander. *Federalist nº 78*. Disponível em: <<https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-71-80>>. Acesso em: 19 mai. 2021.

_____. *Federalist nº 81*. Disponível em: <<https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-81-85#s-lg-box-wrapper-25493488>>. Acesso em: 19 mai. 2021.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Disponível em: <<https://lelivros.love/book/baixar-livro-leviata-thomas-hobbes-em-pdf-epub-e-mobi-ou-ler-online/>>. Acesso em: 19 mai. 2021.

INCISA, Ludovico. Populismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11. ed. V. 1. Brasília: Ed. UnB, 1998.

IORIO FILHO, Rafael Mario; SILVA NETO, Francisco da Cunha e. Solidariedade, diversidade e segurança: os novos paradigmas do constitucionalismo ocidental. In: XIV Congresso Nacional do CONPEDI, Fortaleza. *Anais do Congresso Nacional do XIV Conpedi*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

JARDIM, Claudia. *Chávez vence referendo e conquista reeleição ilimitada*. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2009/02/090216_venezuela_resultado_rc>. Acesso em: 5 fev 2021

JUNG, Carl Gustav. *Sincronicidad*. Málaga: Sirio, S.A., 1988.

LANDAU, David. *Abusive Constitutionalism*. Disponível em: <https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/articles/47-1_Landau.pdf>. Acesso em: 14 set. 2020.

LEVI, Lucio. Etnia. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. 11. ed. V. 1. Brasília: Ed. UnB, 1998.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LEVITSKY, Steven; WAY, Lucan Ahmad. The New Competitive Authoritarianism. *Journal Of Democracy*, v. 31, nº 1, p. 51-65, jan. 2020. Disponível em: <https://www.journalofdemocracy.org/articles/the-new-competitive-authoritarianism/>. Acesso em: 22 mar. 2021.

_____. *A. Competitive Authoritarianism: Hybrid Regimes After the Cold War*. Cambridge University Press. New York, 2010.

LINCOLN, Abraham. *Gettysburg Address - "Hay Draft"*. Disponível em: <https://www.loc.gov/exhibits/gettysburg-address/ext/trans-hay-draft.html>. Acesso em: 24 ago. 2020.

LINZ, Juan José. The Perils of Presidentialism. *Journal of Democracy*, v. 1, nº 1, p. 51-69, 1990.

_____. *The Breakdown of Democratic Regimes*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1978.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o governo civil e outros escritos: Ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. 11. ed. V. 1. Brasília: Ed. UnB, 1998.

MCKENNA, Catherine Jean Morse. *The Curious Evolution of the Liberum Veto: Republican theory and practice in the polish-lithuanian Commonwealth (1639-1705)*. 2012. 211 f. Dissertação (Doutorado em Filosofia da História). Georgetown University. Washington, D.C. 2012, p. 3-12. Disponível em: <https://repository.library.georgetown.edu/handle/10822/557618>. Acesso em: 12. nov. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORLINO, Leonardo. Franquismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. 11. ed. V. 1. Brasília: Ed. UnB, 1998.

NÁRDIZ, Alfredo Ramírez. *Democracia participativa*. La democracia participativa como profundización en la democracia. Valencia: Tirant lo blanch, 2010.

NEVES, Marcelo. Do Transconstitucionalismo à transdemocracia. In BUENO, Roberto (Org.). *Democracia: da crise à ruptura. Jogos de armar: reflexões para a ação*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2017.

NEVES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de direito constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: um ensayo de fundamentación*. 2 ed ampl. y rev. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1989.

_____. El Presidencialismo y la Justificación, Estabilidad y Eficiencia de la Democracia. *Propuesta y Control*, p. 39-56, set./out. 1990.

_____. *Introdução à Análise do Direito*. Tradução Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições Brasileiras*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

NUNES, Daniel Capecchi. O desmembramento da Constituição de 1988: constitucionalismo abusivo e fim do ciclo político democrático. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 4, edição comemorativa, p.37-62, 2018.

O'DONNELL, Guillermo. Horizontal accountability and new poliarchies. *Lua Nova*, nº 44, p. 27-54, 1998. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451998000200003&script=sci_abstract>. Acesso em: 21 mar. 2021.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. A Constituição democrática: entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*: Brasília, v. 9, n. 2, p.333-349. 2019.

PEDERIVA, João Henrique. Accountability, Constituição e Contabilidade. *Revista de informação legislativa*, v. 35, nº 140, p. 17-39, out./dez. 1998. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/414>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

PETERS, Anne. *Global Constitutionalism*. Disponível em: https://www.mpil.de/files/pdf5/Peters_Global_Constitutionalism__Encyclopedia_of_Political_Thought_20151.pdf. Acesso em 28 mai. 2020.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, [e-book].

PLATÃO. *A República*. Disponível em: <https://www.baixelivros.com.br/ciencias-humanas-e-sociais/filosofia/a-republica>. Acesso em: 18 out. 2020.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. Disponível em: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel_RoeRageDemocraticConstitutionalismAndBacklash.pdf. Acesso em: 4 ago. 2020.

ROUSSEAU, Dominique. *Radicalizar a democracia*. Proposições para uma refundação. Tradução Anderson Vichinkeski Teixeira. São Leopoldo: Unisinos, 2019.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social: princípios de direito político*. Tradução Antônio P. Machado. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

_____. *Considerations on the Government of Poland and on its Proposed Reformation*. Disponível em: https://www.files.ethz.ch/isn/125482/5016_Rousseau_Considerations_on_the_Government_of_Poland.pdf. Acesso em: 12. nov. 2020.

SACCOMANI, Edda. Fascismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. 11. ed. V. 1. Brasília: Ed. UnB, 1998.

SALVADOR, Suzana. *Da Hungria à Bélgica: poderes especiais vieram com o coronavírus. Até quando vão ficar?* Disponível em: <https://www.dn.pt/edicao-do-dia/31-mar-2020/dahungria-a-belgica-poderes-especiais-vieram-com-o-coronavirus-ate-quando-vaoficar-12004605.html>. Acesso em: 6 mai. 2021.

SANTOS, Rafa. *CRESCIMENTO DE 108%: Mais de 6 mil militares já exercem funções civis no governo federal, diz TCU*. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-17/mil-militares-exercem-funcoes-civis-governo-federal#author>. Acesso em: 30 jun. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/5869>. Acesso em 19 mai. 2020.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SIU, Marx Chi Kong. Accountability no Setor Público: uma reflexão sobre transparência governamental no combate à corrupção. *Revista do TCU*, nº 122, p. 78-87, set. 2011. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/197>. Acesso em: 22 mar. 2021.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

STOPPINO, Mario. Autoritarismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo

Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. 11. ed. V. 1. Brasília: Ed. UnB, 1998.

_____. Totalitarismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. 11. ed. V. 1. Brasília: Ed. UnB, 1998.

STRUCHINER, Noel. Algumas “Proposições Fulcrais” acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo. In: MAIA, Antonio Cavalcanti (Org); MELO, Carlina de Campos (Org); CITTADINO, Gisele (Org); POGREBINSCHI, Thamy (Org). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2005.

THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES. Disponível em: <<https://www.archives.gov/founding-docs/constitution>>. Acesso em: 28 jun. 2021.

TUSHNET, Mark. Authoritarian Constitutionalism. *Cornell Law Review*, v. 100, p. 391/462, jan. 2015. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4654&context=clr>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

_____. Constitutional Hardball. *The John Marshall Law Review*, v. 37, p. 523-553, 2004. Disponível em: <<https://dash.harvard.edu/handle/1/12916580>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

VAINFAS, Ronaldo et al. *História*. São Paulo: Saraiva, 2010.

VIDIGAL, Erick. A Lex mercatoria como fonte do direito do comércio internacional e a sua aplicação no Brasil. *Revista de informação legislativa*, v. 47, n. 186, p. 171-193, abr./jun. 2010.

VIEIRA, José Ribas. EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. BARREIRA, Jônatas Henriques. Constitucionalismo popular: modelos e críticas. *Revistas de Investigações Constitucionais*: Curitiba: Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR, vol. 5, n. 3, p. 227-302, set./dez. 2018.

WOLKMER, Antônio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências Contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. *Revista Pensar*: Fortaleza, v.16 n.2, p. 371-408, jul/dez. 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Traducción Marina Gascón. 9 ed. Madrid: Trotta, 2009.

ZUCCHINI, Giampaolo. Demagogia. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. 11. ed. V. 1. Brasília: Ed. UnB, 1998.