

VITOR AMORIM MENDONÇA ALVES

Constituição, Crise Democrática e Ativismo Judicial

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Titular Doutor Elival da Silva Ramos

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2023

VITOR AMORIM MENDONÇA ALVES

Constituição, Crise Democrática e Ativismo Judicial

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração Direito do Estado, subárea Direito Constitucional, sob a orientação do Professor Titular Doutor Elival da Silva Ramos

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2023

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo

Alves, Vitor Amorim Mendonça

Constituição, crise democrática e ativismo judicial ; Vitor Amorim
Mendonça Alves ; orientador: Elival da Silva Ramos -- São Paulo, 2023.

142 p.

Versão original

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito
do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2023.

1. Democracia. 2. Erosão democrática. 3. Legalismo autocrático. 4. Jurisdição
constitucional. 5. Ativismo judicial. I. Ramos, Elival da Silva, orient. II. Título.

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: ALVES, Vitor Amorim Mendonça.

Título: Constituição, crise democrática e ativismo judicial.

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito do Estado.

Aprovado em:

Banca Examinadora:

Prof. Dr.

Instituição:

Julgamento:

Profa. Dr.

Instituição:

Julgamento:

Prof. Dr.

Instituição:

Julgamento

Para Julia, pela compreensão, paciência e, sobretudo, amor.
Para Anadil e Fernando, pela base e por me fazerem quem eu sou.
Para Anastácia, pelo amor, carinho e por me ensinar o que
realmente importa na vida.

AGRADECIMENTOS

O sucesso em empreitadas acadêmicas não é atingido pelo esforço exclusivo do pesquisador, mas resulta também do empenho de diversas pessoas que convivem com ele, orientando-o ou apoiando-o. Logo, os agradecimentos são absolutamente necessários.

Agradeço, primeiramente, a meu estimado orientador, Professor Doutor Elival da Silva Ramos, pela serenidade, carinho e incomparável conhecimento jurídico com os quais me orientou.

Agradeço ao amigo Antonio Carlos de Freitas Junior, parceiro acadêmico que, com paciência e muito conhecimento, auxiliou-me na construção deste trabalho.

Por fim, agradeço aos professores Carlos Bastide Horbach, José Levi Mello do Amaral Junior e Roger Stiefelmann Leal, pela condução de disciplinas que, em significativa medida, auxiliaram-me na concepção das ideias aqui expostas.

Nós, cidadãos, somos os legítimos senhores do Congresso e dos Tribunais, não para derrubar a Constituição, mas para derrubar os homens que pervertem a Constituição.

(Abraham Lincoln)

Instruir a democracia; reanimar a crença nela, se possível; purificar seus costumes; regular seus movimentos; substituir pouco a pouco a inexperiência pela ciência e seus instintos cegos pelo conhecimento de seus verdadeiros interesses; adaptar seu governo aos tempos e aos lugares, modificá-lo segundo as circunstâncias e os homens: este é o primeiro dos deveres impostos nos nossos dias aos que dirigem a sociedade.

(Alexis de Tocqueville)

RESUMO

ALVES, Vitor Amorim Mendonça. **Constituição, crise democrática e ativismo judicial**. 2023. 142 p. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

Tornaram-se frequentes os diagnósticos de que vige uma crise da democracia constitucional, compreendida neste trabalho como um regime político cujos elementos são a existência de um ordenamento jurídico-constitucional estável e conhecido, separação de Poderes, eleições livres, periódicas e competitivas, e no qual é assegurado o exercício de direitos fundamentais de participação e oposição políticas. Tal crise seria perceptível pela chegada ao poder de agentes com viés autocrático em distintos contextos políticos nacionais, dentre os quais muitos incluem o Brasil. E, na conjuntura brasileira, diante do que seria um cenário de crise da democracia, surgem posicionamentos em defesa de um “ativismo judicial democrático”, com a atuação enérgica pelo Supremo Tribunal Federal servindo como uma antítese a processos de corrosão da democracia pátria. Diante de tal conjuntura, o trabalho se propõe a investigar a crise da democracia, diagnosticando a prevalência atual de processos de erosão democrática vis-à-vis os colapsos autocráticos. Sequencialmente, conceituados erosão democrática e legalismo autocrático, propõe-se caracterizar o ativismo judicial não como uma contraposição à crise da democracia, mas como um fator a ela incremental, que golpeia o *rule of law* e a separação de Poderes, dois de seus elementos nucleares.

Palavras-chave: Democracia. Erosão democrática. Legalismo autocrático. Jurisdição constitucional. Ativismo judicial.

ABSTRACT

ALVES, Vitor Amorim Mendonça. **Constituição, crise democrática e ativismo judicial**. 2023. 142 p. Master's degree. Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2023.

Diagnoses became frequent that there is a crisis of constitutional democracy, understood in this essay as a political regime whose elements are the existence of a stable and known legal-constitutional order, separation of Powers, free, periodic, and competitive elections, and in which the exercise of fundamental rights of political participation and opposition is secured. Such a crisis would be noticeable by the arrival to power of agents with autocratic bias in different national political contexts, among which many include Brazil. And, in the Brazilian context, in the face of what would be a scenario of democracy crisis, positions appear in defense of a “democratic judicial activism”, with the energetic action by the Federal Supreme Court serving as an antithesis to processes of corrosion of the Brazilian democracy. Considering such scenario, the essay proposes to investigate the crisis of democracy, diagnosing the current prevalence of processes of democratic erosion vis-à-vis autocratic collapses. Sequentially, after conceptualizing democratic erosion and autocratic legalism, it is proposed to characterize judicial activism not as a counterpoint to the crisis of democracy, but as an incremental factor to it, which strikes the rule of law and the separation of Powers, two of its nuclear elements.

Keywords: Democracia. Erosão democrática. Constitucionalismo abusivo. Jurisdição constitucional. Ativismo judicial.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	17
2	O REGIME POLÍTICO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL	27
2.1	Conceituação de democracia constitucional	27
2.1.1	<i>Notas introdutórias</i>	28
2.1.2	<i>Democracia como regime político</i>	30
2.1.3	<i>Elementos da democracia constitucional</i>	32
2.2	A Democracia Constitucional Brasileira	50
3	CRISE DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL	59
3.1	Colapsos autocráticos	66
3.1.1	<i>O papel do Direito diante de um colapso autocrático</i>	71
3.1.2	<i>Obsolescência dos colapsos autocráticos</i>	78
3.2	Erosão democrática	81
3.2.1	<i>Legalismo Autocrático e o uso do Direito como instrumento para causação de erosão democrática</i>	87
3.2.2	<i>O Direito como instrumento de reversão a processos de erosão democrática</i>	97
4	JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, EROSÃO DEMOCRÁTICA E ATIVISMO JUDICIAL	101
4.1	Legitimidade democrática da jurisdição constitucional	102
4.2	O ativismo judicial	115
4.2.1	<i>Autonomia do Direito como garantidora de proteção democrática</i>	115
4.2.2	<i>Ativismo como causador de erosão democrática</i>	121
4.2.3	<i>Ativismo Judicial x Pluralismo e Debate Democrático</i>	128
5	CONCLUSÃO	133
	REFERÊNCIAS	135

1 INTRODUÇÃO

O estudo de fenômenos afetos à disciplina do Direito Constitucional não pode estar alheio à realidade política e social em que está inserida uma Constituição. Tendo o constitucionalismo sido não apenas um movimento jurídico, mas igualmente político,¹ a pesquisa constitucional, em nosso juízo, está umbilicalmente vinculada ao diagnóstico e à consideração dos contextos político e social subjacentes a uma determinada Constituição.

José Levi Mello do Amaral Junior ensina que

[...] a compreensão do fenômeno constitucional não se dá apenas pelo estudo do texto constitucional, mas, sim, requer análise do contexto em que se coloca a Constituição. O estudioso do Direito Constitucional que ignora a realidade política vive uma ilusão dogmática. O fenômeno constitucional não pode ser estudado a sério sem que se tome em consideração a anatomia do processo do poder político, segundo lúcida fórmula de Karl Loewenstein. Direito Constitucional alheio à realidade política é tão completo e possível quanto corpo sem alma. Aliás, no início do século XX, isso resultou Constituições “escritas por professores positivistas de direito constitucional inacessíveis aos ensinamentos da ciência política”. O resultado é bem conhecido.²

O estudo da Constituição vis-à-vis a realidade que a envolve não nos parece apenas imprescindível, mas é também “fascinante pelo poder que se acorda às suas normas sobre a vida das relações sociais”,³ sendo de extraordinário interesse investigar como uma determinada ordem jurídico-constitucional impacta as esferas política e social, ao mesmo tempo em que é por elas influenciada. Uma vez que o Direito Constitucional é a disciplina jurídica que estuda as normas que organizam e regem as relações de poder, como ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho,⁴ e

¹ Neste sentido compreendem FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 35 e ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 56.

² AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. Constitucionalismo e conceito de constituição. **Revista Direito Público**, Brasília-DF v. 18, n. 98, jul. 2021. DOI: <https://doi.org/10.11117/rdp.v18i98.5583>. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/5583>. Acesso em: 22 ago. 2021. p. 717.

³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 39.

⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 47.

considerando que ele é diretamente impactado por tais relações, a realidade empírica que circunda a Constituição não pode ser ignorada pelo seu pesquisador, muito pelo contrário.

Tomando o acima como premissa de trabalho, debruçamo-nos sobre o contexto político e social em que o constitucionalismo contemporâneo está inserido, buscando capturar temas que fossem merecedores de engajamento acadêmico e estudos na presente oportunidade. E como decorrência de nossas investigações, consideradas a atual quadra histórica e as conjunturas política e social brasileiras e mundiais, elegemos tratar, neste trabalho, sobre a democracia constitucional e, mais especificamente, sobre uma crise que, na visão de muitos estudiosos, atualmente a acomete.

Nossa escolha deriva do diagnóstico cada vez mais corriqueiro de que está em curso uma crise dos regimes democráticos constitucionais representativos, detectada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem

[...] é generalizado o registro de que ocorre uma crise da democracia representativa. Ou seja, da democracia, pois o único modelo que se pratica realmente é o representativo. E é uma crise de tal gravidade que lhe ameaça a sobrevivência. O grande desafio político do primeiro quartel deste século seria, portanto, superar os fatores de tal crise. E o problema se põe claramente em face da atualidade brasileira.⁵

Em artigo recente, denominado “*Revolução Tecnológica, Crise da Democracia e Mudança Climática: Limites do Direito num Mundo em Transformação*”, Luís Roberto Barroso, após destacar o êxito que o modelo democrático constitucional experimentou ao final do século XX, inclusive no contexto brasileiro, diagnostica que

[...] nos últimos tempos, porém, alguma coisa parece não estar indo bem. Ao comentarem o período que se inicia em meados da primeira década do século XXI e vem até os dias de hoje, autores têm se referido a uma recessão democrática ou retrocesso democrático. Os exemplos foram se acumulando ao longo dos anos: Hungria, Polônia, Turquia, Rússia, Geórgia, Ucrânia, Filipinas, Venezuela, Nicarágua. Em todos esses casos, a erosão da democracia não se deu por golpe de Estado, sob as armas de algum general e seus comandados. Nos exemplos acima, o processo de subversão democrática se deu pelas mãos de presidentes e primeiros-ministros devidamente eleitos pelo voto popular. Em seguida, paulatinamente, vêm as medidas que pavimentam o caminho para

⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A ressurreição da democracia**. Santo André: Dia a Dia Forense, 2020. p. 11.

o autoritarismo: concentração de poderes no Executivo, perseguição a líderes de oposição, mudanças nas regras eleitorais, cerceamento da liberdade de expressão, novas constituições ou emendas constitucionais com abuso de poder pelas maiorias, esvaziamento ou empacotamento das cortes supremas com juízes submissos, entre outras. O grande problema com a construção dessas democracias iliberais é que cada tijolo, individualmente, é colocado sem violação direta ao Direito vigente. O conjunto final, porém, resulta em supressão de liberdades e de eleições verdadeiramente livres e competitivas. Este processo tem sido caracterizado como legalismo autocrático.⁶

Por certo, os autores citados não estão sozinhos em suas preocupações e diagnósticos sobre o surgimento de uma nova e relevante crise da democracia. Como demonstraremos, vozes doutrinárias influentes, no Brasil e no mundo, vêm identificando que a democracia constitucional – cuja conceituação proporemos mais adiante – enfrenta um processo significativo de deslegitimação, restando ameaçada como regime político axiomático e de adoção impreterível.

Mais especificamente, esses estudiosos, distribuídos em diferentes campos das ciências humanas e sociais – incluído o Direito Constitucional – e em distintos países, vêm investigando e buscando melhor compreender fenômenos hodiernos que comportaram inúmeras nomenclaturas (e.g., recessão democrática⁷, subversão democrática⁸, crise democrática⁹, retrocesso democrático¹⁰ etc.), mas que, unissonamente, convergem à conclusão de que está em

⁶ BARROSO, Luís Roberto. Revolução tecnológica, crise da democracia e mudança climática: limites do direito num mundo em transformação. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, p. 1262-1313, set./dez. 2019. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/429>, 2019. p. 1279.

⁷ DIAMOND, Larry. Facing Up to the Democratic Recession. **Journal of Democracy**, Baltimore, 26, n. 1, jan. 2015. p. 141-55. DOI: <https://doi.org/10.21783/rei.v5i3.429>. Disponível em: <https://www.journalofdemocracy.org/articles/facing-up-to-the-democratic-recession/>. Acesso em: 2 maio 2022.

⁸ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. São Paulo: Zahar, 2018.

⁹ THORNHILL, Chris. **Crise democrática e direito constitucional**. Tradução Diógenes Moura Breda, Glenda Vicenzi. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

¹⁰ HAGGARD, Stephan; KAUFMAN, Robert. The anatomy of democratic backsliding. **Journal of Democracy**, Baltimore, v. 32, n. 4, p. 27-41, out. 2021. Disponível em: <https://journalofdemocracy.org/articles/the-anatomy-of-democratic-backsliding/>. Acesso em: 2 maio 2022.

curso um processo global de enfraquecimento e deslegitimação do modelo político democrático, inclusive em países antes considerados democracias sólidas.¹¹

E esta seria uma crise inédita, na qual as formas mais conhecidas de subversão da democracia, outrora comuns, tais como golpes de Estado, intervenções militares, movimentos revolucionários armados e outros métodos fundados na força e na prevalência política pura e simples (i.e., os colapsos autocráticos),¹² foram substituídas por iniciativas menos contundentes e perceptíveis, que não mais intentam inaugurar um regime político manifestamente autocrático – sobrepondo-se ao regime anterior –, mas instituir regimes políticos pretensamente democráticos e constitucionais, nos quais restam enfraquecidas a separação dos Poderes, a competitividade eleitoral e a proteção ao exercício de direitos fundamentais – principalmente aqueles das minorias políticas.¹³

Quer dizer, estes novos movimentos contemporâneos de tendência autocrática, assim que logram alcançar o poder político, põe-se a manipular o ordenamento jurídico vigente, muitas vezes sem pretender ou consumir uma ruptura prontamente identificável, utilizando-se de estratégia que se convencionou denominar “legalismo autocrático”, pela qual enfraquecem e atrofiam os elementos que compõem a democracia constitucional, de maneira dissimulada, convertendo-a, gradualmente, em um regime político autocrático.

E como consequência deste novo contexto contemporâneo – repita-se, de crise da democracia constitucional, – eclodem preocupações cada vez mais prementes em protegê-la,

¹¹ Jack Balkin, tratando sobre o contexto norte-americano, defende que está em curso nos Estados Unidos um processo de “apodrecimento constitucional” (i.e., *constitutional rot*), no qual o regime democrático constitucional vigente – tido por muitos, há até pouco tempo, como um dos mais sólidos e inabaláveis do mundo – vem mostrando sinais de enfraquecimento e decomposição. Segundo o Professor da Universidade de Yale, cada vez mais os atores políticos norte-americanos se colocam como insubordinados e ilimitados pelas regras do jogo democrático e constitucional, buscando impor a vontade majoritária de maneira abusiva, conjuntura que, mais adiante, denominaremos erosão democrática (BALKIN, Jack M. *Constitutional crisis and constitutional Rot. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). Constitutional democracy in crisis?* New York: Oxford University Press, 2018. p. 13-28).

¹² Em que há inauguração do Poder Constituinte Originário – com suas características fundamentais (inicial, ilimitado e incondicionado) – de forma plena e facilmente identificável, como esclarecemos adiante.

¹³ Os chamados “regimes híbridos”, sobre os quais trataremos adiante.

surgindo diferentes (e divergentes) pontos de vista sobre quais seriam os meios e instituições mais adequados para tal fim. Muitos destes pontos de vista, interessantes a esta análise, clamam e elogiam um papel mais ativo por parte do Poder Judiciário,¹⁴ especialmente pelas cortes constitucionais,¹⁵ rogando que estas passem, mais do que nunca, a atuar como protetoras jurídicas contra avanços autocráticos.

Em outras palavras, cada vez mais se fazem perceber argumentos a defender que, na atual conjuntura, é necessária a construção de regimes políticos democráticos militantes¹⁶ ou

¹⁴ Neste sentido ver FELÍCIO, César. Fiesp e entidades destacam papel do Judiciário na defesa da democracia. **Valor Econômico**, São Paulo, 8 ago. 2022. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2022/08/05/fiesp-e-entidades-destacam-papel-do-judiciario-na-defesa-da-democracia.ghtml>. Acesso em 22 dez. 2022; ver OLIVEIRA, Germano. Brasileiros do ano 2022: o fiador da democracia. **Istoé**, São Paulo, 22 dez. 2022. Disponível em: <https://istoe.com.br/o-fiador-da-democracia/>. Acesso em: 9 jan. 2023.

¹⁵ Para fins deste trabalho, cortes constitucionais são tomadas em um sentido amplo como os órgãos incumbidos de realizar o cotejo de emendas constitucionais e da legislação infraconstitucional vis-à-vis o texto constitucional, dotado de rigidez. A terminologia “cortes constitucionais”, portanto, será por nós utilizada de forma desassociada do modelo ou arquétipo de controle de constitucionalidade adotado em um determinado ordenamento constitucional, ressalvados os casos em que façamos menções específicas a um modelo de controle abstrato ou incidental.

¹⁶ A ideia de democracia militante foi desenvolvida por Karl Lowenstein, em resposta à ascensão de partidos políticos fascistas e extremistas no Continente Europeu. O constitucionalista alemão defendia a proibição a que partidos com programas ou diretrizes declaradamente extremistas e incompatíveis com o regime político democrático pudessem participar e lançar candidatos nas eleições, louvando a aprovação do que denominou “legislação antifascista”. A democracia militante seria, na visão de Lowenstein, uma teoria democrática que “fecha as portas” do jogo político e democrático àqueles que possuem interesse em destruir a democracia “por dentro”, como estavam fazendo na Europa os partidos vinculados a ideologias totalitárias e autoritárias. Cabe destacar que, ao construir sua teoria, Lowenstein, em momento algum trata sobre a prevalência do Poder Judiciário ou das Cortes Constitucionais como responsáveis por tornar a democracia efetivamente militante, pelo contrário, atribui à militância democrática à legislação antifascista aprovada, à época, pelos Paramentos de diversos países europeus. (LOEWENSTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, I. **The American Political Science Review**, [S. l.], v. 31, n. 3, p. 417-432, June 1937. e LOEWENSTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, II. **The American Political Science Review**, Cambridge, v. 31, n. 4, p. 638-658, June 1937.).

defensivos,¹⁷ e de que esta “fortificação democrática” dependeria precípua e principalmente da jurisdição constitucional, exercendo-se seu papel contramajoritário como uma “trincheira” a avanços autocráticos. No limite, surgem posicionamentos favoráveis à legitimação de um “*ativismo judicial democrático*”, erroneamente compreendido como uma prática “*necessária à preservação do regime democrático*”.¹⁸

Parece-nos não haver dúvidas de que muito vem sendo debatido no Brasil atual sobre o papel que o Supremo Tribunal Federal teve, tem e terá na proteção do regime democrático pátrio, especialmente diante de um contexto político progressivamente volátil, polarizado e radicalizado, que ficou ainda mais evidente após os atos de vandalismo havidos na Praça dos Três Poderes em 08 de janeiro de 2023. E, com efeito, não são poucos aqueles que defendem que a Corte Suprema Brasileira, recentemente, serviu como trincheira última (e única) a avanços

¹⁷ Na Ciência Política e no Direito Constitucional Alemão, tem notada importância a expressão *Streitbare Demokratie*, em tradução literal, “democracia fortificada”. Esta seria uma democracia apta a obstar e se contrapor a ataques que visem a destruí-la, inclusive aqueles advindos de agentes democraticamente eleitos. Em uma perspectiva normativa, a Lei Fundamental de Bonn possui diversos dispositivos afetos a servir como mecanismos jurídicos para a proteção democrática, como, por exemplo, a proibição à associações “cujas finalidades ou cuja atividade sejam contrárias às leis penais ou estejam orientadas contra a ordem constitucional ou os ideais do entendimento entre os povos” (artigo 9º) e a determinação de que “quem, para combater a ordem fundamental livre e democrática, abusar da liberdade de expressar a opinião, particularmente da liberdade de imprensa (artigo 5 §1), da liberdade de ensino (artigo 5 §3), da liberdade de reunião (artigo 8), da liberdade de associação (artigo 9), do sigilo da correspondência, das comunicações postais e das telecomunicações (artigo 10), do direito de propriedade (artigo 14) ou do direito de asilo (artigo 16 §2), perde estes direitos fundamentais”, cabendo ao Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) pronunciar-se sobre a perda de direitos e fixar a sua extensão (artigo 18). Há, assim, na Lei Fundamental de Bonn, uma outorga ao Tribunal Constitucional Alemão da função de inibir o exercício abusivo de direitos fundamentais como mecanismo para subversão democrática, ganhando prevalência a jurisdição constitucional como um exercício importante à proteção da democracia naquele país.

¹⁸ Em artigo intitulado **Democracia Militante e jurisdição constitucional anticíclica**, Cláudio Pereira de Souza Neto afirma que “No contexto de erosão do regime de 1988, não se extrai do princípio democrático a exigência de autocontenção da jurisdição constitucional, corolário do reconhecimento da ‘dificuldade contramajoritária’. Ao contrário, na hipótese, o princípio legitima o ativismo judicial necessário à preservação do regime. As mesmas razões sempre apresentadas, em ambientes de normalidade, para criticar o excesso de ativismo, baseadas nos princípios democrático e da separação dos poderes, agora operam para justificá-lo. As instituições que exercem atribuições contramajoritárias, em particular as cortes constitucionais, devem, ordinariamente, cultivar ‘virtudes passivas’. Porém, os parâmetros de autocontenção associados a essa atitude deferente não operam de forma estática e descontextualizada. Nas condições atuais, demanda-se o exame rigoroso quanto à compatibilidade dos atos do poder público com os princípios que se condensam na fórmula do estado democrático de direito: in dubio, pro-democracia” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Democracia Militante e jurisdição constitucional anticíclica**. Jota, São Paulo, 16 maio 2020. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/democracia-militante-e-jurisdicao-constitucional-anticiclica-16052020>. Acesso em: 13 dez. 2022.).

autocráticos no país,¹⁹ louvando e demandando a continuidade de uma atuação mais vigorosa e enérgica.²⁰

Nosso sentimento é o de que o Direito Constitucional Brasileiro não pode estar alheio a tema tão importante como o da “crise da democracia”, principalmente quando consideramos que a Constituição Federal de 1988 – decorrência direta da derrocada de um regime político autocrático – assentou, já em seu preâmbulo, uma vocação e um desejo na instituição de um Estado Democrático de Direito. Assim sendo, estudar a crise atual dos regimes democráticos constitucionais, o funcionamento e a importância do legalismo autocrático para a sua causação, e o papel da jurisdição constitucional nesta conjuntura, em perspectiva jurídico-dogmática e alicerçada no ordenamento jurídico brasileiro positivo – buscando, todavia, não incorrer em “ilusão dogmática” –, parece-nos imprescindível (além de sobremaneira interessante, como já pontuamos).

Por conseguinte, diante do diagnóstico de que a democracia constitucional está ameaçada por novos expedientes autocráticos, e considerada a percepção de que o ativismo e a criatividade judicial poderiam servir como antídotos a esta nova crise, nosso trabalho objetiva investigar a conjuntura atual para demonstrar, ao seu final, que a excessiva intervenção pelo Supremo Tribunal Federal na vida política nacional, por meio de práticas ativistas, não serve à proteção da democracia constitucional brasileira, mas, muito pelo contrário, contribui para o seu enfraquecimento, por debilitar dois elementos a ela indispensáveis, sejam eles a existência de um *rule-of-law* e de separação de Poderes. Em outras palavras, buscaremos demonstrar que o

¹⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena, GLEZER, Rubens, BARBOSA, Ana Laura Pereira. Supremocracia e infralegalismo autoritário: o comportamento do Supremo Tribunal Federal durante o Governo Bolsonaro. **Novos estudos CEBRAP**, v. 41, n. 3, p. 591-605, 2022.

²⁰ Inclusive, tramita perante o Senado Federal uma Proposta de Emenda à Constituição, de n.º 35/2022, a qual propõe atribuir ao Supremo Tribunal Federal competência originária para processar e julgar os crimes contra o Estado Democrático de Direito, ao argumento de que “[...] uma vez que ao prever que o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição Federal de 1988, a Carta Magna também o fez defensor do Regime de Governo escolhido pelo povo na Assembleia Constituinte” (Projeto de Lei n.º 35/2022, Avulso da Matéria, Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9218176&ts=1670879807909&disposition=inline>. Acesso em: 21 dez. 2022.

protagonismo judicial desvinculado e em extrapolação ao Direito, na forma de ativismo, enfraquece a democracia, ao invés de protegê-la.

Esclarecidos os propósitos de nosso trabalho, que, repete-se, será desenvolvido sob uma perspectiva jurídico-dogmática e tendo como objeto de análise o ordenamento jurídico brasileiro – não obstante possamos nos servir de imprescindíveis lições da Ciência e da Filosofia Políticas –, apresentamos a sua divisão.

No segundo Capítulo, conceituaremos a “democracia constitucional”, etapa que julgamos imprescindível ao estudo de sua crise contemporânea. Nossa compreensão, adiantamos, é a de que a democracia constitucional é um *regime político* composto por quatro elementos fundamentais: *ordenamento jurídico-constitucional estável e conhecido (i.e., rule of law, segurança jurídica e autonomia do Direito), separação de Poderes, eleições livres, periódicas e competitivas, e proteção ao exercício de direitos fundamentais relacionados à participação e oposição políticas*. No mesmo Capítulo, demonstraremos, de forma sucinta, que o Brasil incorporou o regime político democrático constitucional.

No terceiro Capítulo, visitaremos a doutrina que tem por objeto o estudo das ameaças às democracias constitucionais no mundo contemporâneo, identificando que pretensões autocráticas não mais são exercidas por meio de golpes de Estado, cuja consequência é uma flagrante ruptura constitucional – os antigos “colapsos autocráticos” –, mas sim mediante atrofiamento gradual dos elementos que compõem a democracia constitucional, inclusive pela via do legalismo autocrático, processo que denominaremos “erosão democrática”. Nossa intenção, para além de discernir os citados tipos de perversão dos regimes democráticos constitucionais, será demonstrar que, em relação aos colapsos autocráticos, o Direito possui um papel notadamente limitado e unicamente preventivo, servindo, quando muito, para inibir ou dissuadir a sua ocorrência, porém possuindo pouca efetividade para revertê-lo quando este já está em curso,

enquanto, em alguns casos de erosão democrática,²¹ o Direito serve como um instrumento protetivo efetivo, com capacidade de revertê-los mesmo quando tais processos erosivos já estão ocorrendo.

No quarto Capítulo, trataremos sobre o papel que a jurisdição constitucional exerce na defesa do regime democrático constitucional, notadamente como contraposição a processos de erosão democrática que ocorram mediante reforma constitucional e aprovação de legislação infraconstitucional, não podendo ser, logo, desconsiderada como importante barreira às iniciativas legalistas autocráticas. Sem prejuízo, demonstraremos que o exercício da jurisdição constitucional deve estar subordinado e circunscrito ao Direito positivo, com respeito à sua autonomia, ante o que problematizaremos a prática do ativismo judicial, defendendo nossa compreensão de que ela não serve para combater crises da democracia, mas constitui-se em fator incremental de erosão democrática, por atentar contra dois elementos da democracia constitucional – o *rule-of-law* e a separação de Poderes.

²¹ Como demonstraremos, o Direito possui um papel central para se contrapor e reverter a processos de erosão democrática que se realizem por meio da utilização abusiva de emendas constitucionais e da legislação infraconstitucional, notadamente quando não há inauguração do Poder Constituinte Originário.

2 O REGIME POLÍTICO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL

Esclarecidos os propósitos e a estrutura deste trabalho, avançamos para propor o nosso conceito de democracia constitucional, apresentando os elementos que, sentimos, caracterizam-na e são fundamentais a ela. Na sequência, teceremos breves notas sobre a conjuntura brasileira, intentando demonstrar, ainda que sucintamente, que vige no Brasil um regime político democrático constitucional após a promulgação da Constituição Federal em 1988.

Esclarece-se, de antemão, que não será nosso propósito catalogar as distintas compreensões sobre o que é e como se caracteriza uma democracia, as quais, como se sabe, remontam desde a Antiguidade Clássica e atravessam a história do pensamento, nas mais diversas áreas do conhecimento.²² Nossa intenção, menos pretensiosa, é conceituar a democracia constitucional exclusivamente para fins do presente trabalho, elencando certos elementos que julgamos a ela imprescindíveis, com o específico propósito de, mais adiante, investigar como estes elementos são enfraquecidos em processos de erosão democrática, mediante utilização do legalismo autocrático, e qual seria o papel do Direito e da jurisdição constitucional neste quadro.

2.1 Conceituação de democracia constitucional

Iniciamos então pela conceituação de democracia constitucional para fins do presente trabalho, repita-se, uma etapa fundamental àquilo que ora nos propusemos.

²² Segundo Giovanni Sartori o termo *demokratia* foi cunhado há cerca de 2.400 anos e, embora tenha desaparecido por algum tempo, continuou a sempre fazer parte do vocabulário político, pelo que, naturalmente, adquiriu diversos significados relativos, de fato, a contextos históricos muito diferentes, assim como a ideias muito diferentes. (*in* SARTORI, Giovanni **A teoria da democracia revisitada**: as questões clássicas. São Paulo: Ática, 1994. v. 2. p. 34-35).

2.1.1 Notas introdutórias

Robert Dahl inicia a obra *A Democracia e seus críticos* pela afirmação de que “desde a antiguidade, algumas pessoas imaginam um regime político no qual os participantes consideram uns aos outros como politicamente iguais, são coletivamente soberanos e possuem todas as capacidades, recursos e instituições de que necessitam para governar a si próprios”.²³

Por certo, desde há muito se busca construir regimes políticos denominados “democráticos”, nos quais haveria, de forma singela, um “*Governo do Povo, pelo Povo, para o Povo*”, (abstrato) regime político difundido por Abraham Lincoln em seu famoso Discurso de Gettysburg. A história do pensamento, desde tempos antigos, preocupa-se renitentemente em produzir um regime de governação legítimo e aceito por todos aqueles que compõem o povo, algo cada vez mais desafiador em sociedades multifacetadas e nas quais se observa uma significativa pluralidade ideológica, sendo compostas por indivíduos cada vez mais heterogêneos.²⁴

Ainda que seja lugar comum, na atual quadra histórica, afirmar que democracia é o “governo do povo” – inclusive pela própria etimologia da palavra –, verdade é que não há uma única definição sobre o que seria e como se caracteriza um governo democrático. Democracia é um conceito profundamente subjetivo e valorativo, que vem sendo debatido e utilizado de maneiras múltiplas, em muitas oportunidades com banalização e apropriação ideológica,

²³ DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 1.

²⁴ Para Hans Kelsen, a existência do povo não se vincula a características teleológicas, sociais, ideológicas ou metafísicas verificadas em um determinado corpo social que sejam comuns a todos os seus membros, mas reside na vinculação voluntária destes membros a uma ordem estatal pré-estabelecida, da qual fazem parte e participam da construção. Não há, assim, qualquer homogeneidade em povo na teoria democrática kelseniana, ressalvada a sua submissão comum a um ordenamento jurídico estatal constituído. A mesma descrença sobre a homogeneidade no povo se extrai das seminais lições de Joseph Schumpeter (*in* SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. São Paulo: Ed. da UNESP, 2017. p. 341-342), opositor da visão rousseauiana de “vontade geral”. (*in* KELSEN, Hans. **A democracia**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 35-37.).

perdendo qualquer concretude epistêmica²⁵ – um “*sentido que lhe seria próprio*” –, como apontado por Hans Kelsen, no seminal *Essência e Valor da Democracia*:

As revoluções burguesas de 1789 e 1848 quase transformaram o ideal democrático em lugar-comum do pensamento político; tanto que aqueles que empreendiam opor-se mais ou menos à atuação desse ideal faziam-no com uma reverência de uma máscara prudente de terminologia democrática. Nos últimos decênios anteriores à Grande Guerra, nenhum estadista importante ou pensador célebre jamais fez qualquer confissão aberta e sincera de autocracia. Aliás, a despeito da luta de classes, crescente nesse período entre a burguesia e o proletariado, não existe oposição no que se refere à forma do Estado. Liberalismo e socialismo não apresentam diferença ideológica nesse aspecto. Democracia é a palavra de ordem que, nos séculos XIX e XX, domina quase universalmente os espíritos; mas, exatamente por isso, ela perde, como qualquer outra palavra de ordem, o sentido que lhe seria próprio. Para acompanhar a moda política, acredita-se dever usar a noção de democracia – da qual se abusou mais do que qualquer outra noção política – para todas as finalidades possíveis e em todas as possíveis ocasiões, tanto que ela assume os significados mais diversos, muitos deles bastante contrastantes, quando a costumeira impropriedade do linguajar político vulgar não a degrada de veras a uma frase convencional que não mais exige sentido determinado.²⁶

As lições de Kelsen, ainda que produzidas no Entreguerras – datadas, portanto, de mais de um século – continuam atuais; o conceito de democracia, até os dias de hoje, permanece disputado, controverso, e a comportar distintas concepções. Verdade seja dita, não há uma definição única sobre o que é democracia, sendo comum que a ela se atribua caráter subjetivo, valorativo ou abstrato, intimamente subordinado às crenças e posições ideológicas de seu intérprete. Certamente, o que é democrático para um determinado indivíduo pode não o ser para outro, e vice-versa.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, conquanto diagnostique prevalecer uma “unanimidade democrática”, assim dizendo, uma visão hegemônica e abstrata de que se deve “governar para o povo”, – similar àquela identificada por Kelsen – percebe prevalecer obscuridade sobre o que efetivamente seria e caracterizaria tal governo:

²⁵ Segundo Vilfredo Pareto, “[...] o termo ‘democracia’ é indeterminado, como muitos outros da língua corrente. Summer Maine, julgando evitar as dificuldades que encontramos ao usá-lo, substitui-o pela expressão governo popular; tal é o nome que deu aos seus Ensaios. Porém, esta segunda designação não é mais definida do que a primeira, e não há esperança de se encontrar outra para atribuir uma forma rigorosa e precisa àquilo que é indeterminado e fugaz”. (in PARETO, Vilfredo. **A transformação da democracia**. Coimbra: Almedina, 2019. p. 29.).

²⁶ KELSEN, Hans. **A democracia**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 25.

O mundo hoje é unanimemente democrático. Todos os governos e todos os povos pretendem ser democráticos. Todos se declaram pela democracia e, não raro, se entredevoram pela democracia.

Essa unanimidade revela, sem dúvida, que só se aceita como legítimo o governo que provém do povo e que visa ao interesse geral. Entretanto, muito contribui para essa unanimidade a obscuridade inerente ao termo *democracia*. Muito diversas são as maneiras de se entender a *democracia*. Por isso, raramente se emprega o termo desacompanhado de um qualificativo. Contudo, a qualificação frequentemente acentua a obscuridade.

Se por toda a parte a democracia é hoje aclamada, em que medida não decorre isso da incerteza e da obscuridade que envolvem o seu conceito? De fato, são tantas, e tão opostas, as concepções de democracia que sempre se pode escolher alguma adequada à maneira de cada um pensar.²⁷

Diante dessa “fluidez epistêmica” que caracteriza e é inerente à “democracia”, um trabalho acadêmico que se proponha a estudá-la não poderia ser iniciado senão por sua conceituação; apresentar nossa compreensão, notadamente dogmática e tributária à ciência do Direito Constitucional, sobre quais são os elementos que compõem a democracia constitucional é uma tarefa preliminar fundamental ao sucesso desta empreitada.

E como esclarecido, excederia nosso propósito empreender longa investigação histórica sobre as distintas conceituações já atribuídas à democracia ao longo dos tempos, nos mais diversos contextos sociais. Nesta oportunidade – norteados por uma metodologia jurídico-dogmática e, repita-se, tributária à ciência do Direito e à disciplina do Direito Constitucional –, limitar-nos-emos a conceituar a democracia constitucional como um *regime político* cujos elementos são a *existência de um ordenamento jurídico-constitucional estável e conhecido, com separação de Poderes, eleições livres, periódicas e competitivas, e no qual é assegurado o exercício de direitos fundamentais de participação e oposição políticas*.

2.1.2 Democracia como regime político

Manoel Gonçalves Ferreira Filho classifica a democracia como um dos possíveis “regimes de governo”, isto é, “modo efetivo por que se exerce o poder num determinado Estado e

²⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 128.

em determinado momento histórico”.²⁸ Ao dispor sobre as diferentes tipologias e arquétipos destes chamados regimes de governo, o autor anota que

[...] hoje (pondo de lado muitas outras tipologias), é comumente aceita a distinção entre três regimes: o democrático, o totalitário e o autoritário. O primeiro se caracteriza por permitir a livre formulação das preferências políticas, prevalecendo as liberdades básicas de associação, informação e comunicação, com o objetivo de propiciar a disputa, a intervalos regulares, entre líderes e partidos a fim de alcançar o poder por meios não violentos e consequentemente exercê-lo. O segundo apresenta-se marcado por uma ideologia oficial, um partido único, de massa, que controla toda a mobilização política e o poder concentrado em mãos de um pequeno grupo que não pode ser afastado do poder por meios institucionalizados e pacíficos. O terceiro existe quando ocorre um limitado pluralismo político, sem uma ideologia elaborada, sem extensa ou intensa mobilização política, exercendo o grupo governante o poder dentro de limites mal definidos, conquanto previsíveis.²⁹

Ingo Wolfgang Sarlet conceitua a democracia como um “regime político”,³⁰ nomenclatura também utilizada por Carlos Blanco de Moraes. Para o segundo, democracia constitui uma das subespécies de “modelo doutrinal ou ideológico onde repousam os fundamentos da legitimidade do poder soberano de um Estado, bem como da definição do tipo de enlace jurídico-político que é estabelecido entre o povo e os órgãos que exercem o mesmo poder”.³¹ Em específico, a democracia consubstancia o regime político no qual há envolvimento do povo na designação dos titulares do poder,³² contrapondo-se à autocracia, que englobaria o autoritarismo e o totalitarismo:

42. Em termos substanciais os regimes distinguem-se em razão:

- i) *Do critério que respeita ao tipo de relações entre governantes e governados quanto à titularidade do poder* (ou seja, cumpre saber se o povo é o efetivo titular do poder político e intervém ou não, livremente, na escolha dos governantes, exercendo os seus direitos políticos);
- ii) *Do critério relativo ao modo como o poder é exercido* (se existem limites constitucionais efetivos ao exercício da autoridade, através da separação de poderes, de controlos interorgânicos e da consagração de direitos políticos);
- iii) *Do critério atinentes ao fim ou escopo do poder* (que tipo de ideário justifica o modelo de poder adotado na organização política do Estado).

²⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 106.

²⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 107.

³⁰ SARLET, Ingo W.; MITIDIERO; DANIEL; MARINONI, Luiz G. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 279.

³¹ MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político no contexto da erosão da democracia representativa**. Lisboa: Almedina, 2017. p. 55.

³² MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político no contexto da erosão da democracia representativa**. Lisboa: Almedina, 2017. p. 65.

43. O *primeiro critério* o qual valoriza o tipo de enlace estabelecido entre governantes e governados, acaba por constituir o atributo primacial para a caracterização e tipificação de um regime político. Na verdade, com base no critério da *livre e explícita* expressão do consentimento dos cidadãos na designação dos titulares das principais funções do poder soberano, mediante eleições plurais e competitivas, podemos distinguir os *regimes democráticos dos regimes autocráticos*.³³

Filiamo-nos às lições de Carlos Blanco de Moraes quanto à sua compreensão de democracia como um “regime político”, ou seja, como um dos arquétipos de relação entre governantes e governados tomando-se em consideração a origem, titularidade e legitimação do poder político, contrapondo-se à autocracia, que engloba autoritarismo e totalitarismo. Por esta razão, neste trabalho, denominaremos as ameaças contemporâneas à democracia como ameaças *autocráticas*, eis que contrapostas ao arquétipo democrático, as quais podem fundar-se em doutrinas e advir de movimentos autoritários ou totalitários (muito embora, na atual quadra histórica, identifique-se prevalência de movimentos de viés autoritário).

Sem qualquer prejuízo, não bastaria à presente empreitada definir a democracia constitucional como *regime político*. Para os fins aos quais nos propusemos, é necessário ir além, apresentando e conceituando os elementos que a compõem, o que nos permitirá avaliá-los vis-à-vis um novo contexto de “crise democrática”, investigando, em específico, o papel do Direito para proteção do regime político democrático, assim como se o ativismo judicial contribui para a perenidade democrática ou atenta contra ela.

2.1.3 *Elementos da democracia constitucional*

A palavra democracia, segundo sua etimologia, significa “governo do povo”, podendo ser compreendida, de maneira singela, como o regime político em que a tomada de decisões coletivas se realiza pelos próprios indivíduos que serão a elas submetidos, os quais poderão ser eleitos para tomar estas decisões, bem como as criticar livremente. Como já adiantamos, essa definição limitada e subjetiva de democracia como “governo do povo” nos

³³ MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político no contexto da erosão da democracia representativa**. Lisboa: Almedina, 2017. p. 65-66.

parece insuficiente aos objetivos desta empreitada acadêmica, razão pela qual apresentaremos elementos que, para nós, compõem o regime político democrático constitucional.

Rodrigo Mudrovitsch, por compreender que a democracia “constitui fato social que o Direito é incapaz de capturar integralmente”,³⁴ elenca um único elemento que caracterizaria o regime político democrático, seja ele a imprevisibilidade dos resultados eleitorais. Para o autor, autovinculado ao que denominou “conceituação minimalista de democracia”, haverá democracia onde e quando não se souber, antecipadamente, o resultado das eleições, algo que se logra pela construção de arranjos institucionais capazes de assegurar a higidez e a imparcialidade de pleitos eleitorais, evitando-se que determinado grupo político capture o Estado (i.e., os órgãos representativos) e, assim, subverta o regime democrático por meio de uma pretensa legitimação eleitoral. Segundo suas lições:

A concepção minimalista de democracia como regime de imprevisibilidade de resultados e a conseqüente importância conferida aos arranjos institucionais na consolidação da efetiva alternância do poder e exercício do direito de oposição ressalta outro aspecto relevante na análise de regimes democráticos: a importância de evitar, mediante mecanismos institucionais, a elisão da competitividade dos pleitos eleitorais, concretizada especialmente pela captura do princípio da distinção.³⁵

Apesar de concordarmos com algumas de suas ponderações, em especial a de que um regime político democrático constitucional é marcado por resultados eleitorais imprevisíveis, e de compartilharmos sua preocupação com a construção de arranjos e mecanismos institucionais que impeçam a captura do poder político por intermédio de processos eleitorais fraudados e não-competitivos, compreendemos que a democracia não pode ser reduzida à simples verificação de pleitos eleitorais efetivamente competitivos e nos quais não se saiba precocemente o vencedor. Não tão minimalista quanto à de Mudrovitsch, nossa democracia constitucional é composta por outros elementos – dentre os quais certamente está a realização de eleições livres, periódicas e competitivas – que fazem com que incerteza de resultados eleitorais seja uma consequência do

³⁴ MUDROVITSCH, Rodrigo. **Democracia e governo representativo no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 29.

³⁵ MUDROVITSCH, Rodrigo. **Democracia e governo representativo no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 100-101.

próprio regime democrático e de seu funcionamento, resultado inevitável de participação e oposição políticas livres e acessíveis à maioria dos cidadãos.

Estes elementos, que, em grande medida, foram extraídos do pensamento de Robert Dahl, em sua definição sobre o que denominou *poliarquias*,³⁶ são: *ordenamento jurídico-constitucional estável e conhecido (i.e., rule-of-law), separação de Poderes, eleições livres, periódicas e competitivas, e proteção ao exercício de direitos fundamentais de participação e oposição políticas.*

(A) *Constituição, Rule of Law e Segurança Jurídica*

O primeiro dos elementos que, segundo nossa compreensão, compõe a democracia constitucional está relacionado à sua própria caracterização como um regime político “constitucional”, ou seja, que é disciplinado por uma Constituição estabelecadora de “regras do jogo” que organizam e limitam o exercício do poder político, alinhando-o a parâmetros jurídico-normativos estáveis, autônomos e previamente conhecidos, e produzindo, como consequência, segurança jurídica e justas expectativas, tanto ao poder público como aos indivíduos que a ele estão submetidos. Falamos, em outras palavras, da existência de um Estado de Direito (*rule of law*) constitucional, construído por intermédio de normas jurídicas positivas previamente definidas, estáveis e autônomas, aprovadas em processo legislativo constitucionalmente disciplinado – desvinculadas, destarte, de discricionariedades ou imposições pelos governantes – as quais organizam a sociedade e limitam o poder público.³⁷

³⁶ DAHL, Robert A. **Polyarchy; participation and opposition**. New Haven: Yale University Press, 1971.

³⁷ No presente trabalho, filiamo-nos a uma visão reflexiva e integral do positivismo jurídico, proposta por Elival da Silva Ramos (in RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 56-66), para quem “mesmo partindo da realidade do direito vigente pode-se postular que, observados certos limites e condicionamentos, os espaços deixados em aberto pelo legislador sejam completados ou supridos por meio de processos interpretativos que considerem os valores fundamentais da pessoa humana aceitos por determinada sociedade, aceitação para a qual também contribuem os operadores do sistema jurídico e os seus construtores teóricos”. Deve-se considerar, portanto, nossa filiação ao positivismo jurídico, assegurada a independência do Direito e sua desvinculação com preceitos morais não positivados, permeável a interpretação jurídica aos valores sociais que são importantes em um determinado contexto social, conquanto, sempre, limitada e vinculada ao texto normativo positivado.

Como se sabe, este Estado de Direito Constitucional é uma decorrência direta do constitucionalismo, movimento jurídico-político havido nos séculos XVII e XVIII, que buscou submeter o exercício do poder político ao Direito constituído, substituindo-se o que antes era o “*rule of man*” – em que havia prevalência da vontade discricionária daqueles que detinham tal poder – por um “*rule of law*”, regime no qual a lei prevalece sobre a vontade e/ou a força, tornando-se o Direito autônomo, previamente conhecido, e apto à gerar expectativas.

José Levi Mello do Amaral Junior³⁸ muito nos ensina sobre a existência de um constitucionalismo antigo, cujas raízes remontam à Antiguidade grega e romana, sendo ele “o ponto de partida de toda uma cultura constitucional”. Sem prejuízo destas origens na Antiguidade Clássica, entende-se que o termo “constitucionalismo”, desacompanhado de especificação, remete aos movimentos que tiveram por propósito superar o absolutismo monárquico em certos países europeus e nos Estados Unidos da América, submetendo o exercício do poder ao Direito.

O constitucionalismo, em sua vertente moderna, foi um movimento jurídico-político essencialmente liberal e que apregoava o controle e a limitação estatal por meio de um sistema jurídico-constitucional, composto por leis pré-estabelecidas e por engrenagens institucionais que organizam e limitam o exercício do poder político, tendo como corolário a construção de sistemas de separação de Poderes e a proteção a direitos fundamentais – sobre as quais trataremos mais adiante. Segundo Mendes & Branco (2021)

Se a noção de que certas leis se distinguem das demais pelo seu objeto especial – a organização do próprio poder – pode retroagir a pensadores e práticas da Antiguidade, a ideia de Constituição, como a vemos hoje, tem origem mais próxima no tempo e é tributária de postulados liberais que inspiraram as Revoluções Francesa e Americana do Século XVIII.

É daí que surgem os atributos da Constituição como instrumento orientado para conter o poder, em favor das liberdades, num contexto de sentida necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana. Entende-se, então, que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, proclamasse, no seu art. 16, que não teria constituição a sociedade em que os direitos não estivessem assegurados, nem a organização estatal em

³⁸ AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. Constitucionalismo e conceito de constituição. **Revista Direito Público**, Brasília, DF, v. 18, n. 98, jul. 2021. DOI: <https://doi.org/10.11117/rdp.v18i98.5583>. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/5583>. Acesso em: 22 ago. 2021. p. 675.

que não se definisse a separação de poderes. A compreensão da Constituição como técnica de proteção das liberdades é atributo do constitucionalismo moderno.³⁹

Ao tratar sobre a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – documento jurídico-político seminal resultante do movimento constitucionalista francês e de revolução liberal que derrubou o absolutismo monárquico naquele país –, e, mais especificamente, sobre seu artigo 16,⁴⁰ José Levi Mello do Amaral Junior identifica dois limites ao poder estatal que são destinados a prevenir o absolutismo e o arbítrio por meio da organização do Estado e da proteção a direitos fundamentais, sejam eles

[...] um externo (“externo” porque relativo à afirmação de Direitos que são anteriores e superiores ao Estado, poderes de agir perante o Estado e a sociedade, inerentes à condição humana, independem do Estado que deve reconhecê-los, protegê-los e promovê-los) e um interno (“interno” porque relativo a uma dada forma de organizar o Estado que busca conter o poder estatal “por dentro”, ou seja, por meio do próprio arranjo institucional). O constitucionalismo, assim, “é uma técnica da liberdade contra o poder arbitrário”. Daí decorre um conceito material de Constituição.⁴¹

O advento de Constituições ao cabo do Século XVIII fez surgir limitações jurídicas ao exercício do poder político, que passou a ser organizado na forma prevista pelo Direito, não mais podendo ultrapassar as barreiras e limites erigidos por normas previamente constitutivas da ordem social, protetoras de direitos fundamentais. Substituiu-se o arbítrio da força e/ou decorrente de justificativas legitimadoras metafísicas, como era o “direito divino”, pela formação de verdadeiros “pactos sociais”, integrados por regras jurídicas de convivência, com aptidão para regulamentar a vida social, limitar e organizar o exercício do poder político, além de proteger direitos dos indivíduos, em um novo contexto de segurança jurídica e efetivo *rule of law*. Ensina Georges Abboud:

O constitucionalismo em si, na qualidade de movimento político-jurídico, estruturou-se como elemento para assegurar a proteção dos direitos fundamentais e a consequente

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 41.

⁴⁰ Artigo 16º- Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

⁴¹ AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. Constitucionalismo e conceito de constituição. **Revista Direito Público**, Brasília-DF v. 18, n. 98, jul. 2021. DOI: <https://doi.org/10.11117/rdp.v18i98.5583>. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/5583>. Acesso em: 22 ago. 2021. p. 674.

racionalização e limitação do poder. A única forma de se compreender historicamente o constitucionalismo é como instrumento civilizatório de limitação de poder. Se o poder é absoluto o constitucionalismo perde sentido, tudo se torna decisão política, imergimos no decisionismo de Carl Schmitt.

O constitucionalismo surge como fenômeno histórico-político, cuja função consiste em limitar e racionalizar o poder político, estabelecendo todas as regras normativas a partir das quais o Estado pode agir. Ademais, é o constitucionalismo que impõe limites ao poder soberano, mediante a divisão de poderes, estabelecendo como valores primordiais da sociedade a liberdade, igualdade e a preservação dos direitos fundamentais.

No Estado Constitucional, a Constituição passa a ser salvaguarda da própria sociedade. Isso porque ela limita a soberania do Estado, ou seja, no constitucionalismo é impensável qualquer sujeito político amplamente soberano e que não encontre limites no texto constitucional.⁴²

A Constituição, fundadora de um ordenamento jurídico limitador e organizador do poder pelo Direito, que passa a ser dotado de autonomia, parece-nos imprescindível à democracia constitucional, uma vez que sem referidas limitação e organização, não se poderia sequer cogitar a existência dos demais elementos que serão por nós elencados, i.e., *separação de Poderes, a existência de eleições livres, periódicas e competitivas, e proteção a direitos fundamentais*. À guisa de exemplo, parece-nos inviável que se realizem eleições competitivas ou que se tenha proteção ao exercício de direitos fundamentais em contextos de ordenamento jurídico “fluido” ou “plástico”, que esteja exclusivamente subordinado às vontades de um determinado agente ou grupo político, que exerce o poder de maneira ilimitada.

Outrossim, além de servir para limitação e organização do poder político, a Constituição possui uma importante função de conferir segurança jurídica e estabilidade ao regime jurídico e às relações sociais, fundamentais como condições práticas para haja democracia enquanto um regime político deliberativo, que demanda “regras do jogo” bem definidas. Dito de outra forma, a Constituição cria cultura e segurança jurídicas intrinsecamente associadas ao bom funcionamento da democracia, que nelas termina por se estruturar como um regime participativo, no qual debates e dissensos são comuns, porém sempre travados e solucionados em conformidade com regras previamente conhecidas. Elival da Silva Ramos ensina que

Não se pode perder de vista, ademais, que em uma sociedade empenhada na contenção do poder (em reação aos abusos do absolutismo monárquico) e na abolição dos

⁴² ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 54-55.

privilégios feudais a lei era a solução mais próxima da perfeição, pois, associada às engrenagens institucionais da separação de Poderes, eliminava o arbítrio governamental e assegurava a todos a igualdade de direitos. O Estado de Direito liberal, fundado no primado da lei, além de favorecer à liberdade e à igualdade (formal), propiciava a fruição da segurança jurídica, entendida como o prévio conhecimento do que se pode ou não se pode fazer.⁴³

A segurança jurídica, quer dizer, a previsibilidade que é assegurada pela existência de normas pré-estabelecidas e que condicionam o comportamento do poder público e dos indivíduos, trata-se, em nosso sentir, de autêntica condição prática à democracia, por estar intimamente relacionada à pacificação social e à possibilidade de atingimento de soluções coletivas por meio de consensos e compromissos, apenas viáveis quando previamente conhecidas as regras do “jogo político” e de cultura jurídica sob as quais os debates democráticos serão travados. Do contrário, serão prementes os incentivos para o uso da força e da prevalência política não democrática. Para Luís Roberto Barroso

[...] a segurança jurídica constitui um elemento importante para a paz social e para a paz de espírito, propiciando: (i) a previsibilidade dos comportamentos humanos, pela clareza dos enunciados normativos e por sua anterioridade em relação aos fatos sobre os quais irão incidir; (ii) a estabilidade das relações jurídicas, que depende da constância mínima do Direito e de sua não retroatividade às situações já incorporadas ao patrimônio jurídico das pessoas; e (iii) a garantia do cumprimento das normas, o que pressupõe órgãos dotados de especialização funcional e independência para fazê-las valer, com efetividade e justiça. Todo esse arcabouço é indispensável para a proteção da confiança dos administrados e jurisdicionados em geral.⁴⁴

Em nosso entender, portanto, não pode haver democracia sem Constituição, *rule of law* e segurança jurídica, uma vez que, como visto, o regime democrático em muito se baseia na contenção do poder pelo Direito, cujos corolários são a estabilidade e segurança necessária ao atingimento de consensos e compromissos segundo regras previamente definidas, desincentivando-se a prevalência política com base na força e na revolução.

⁴³ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 70.

⁴⁴ BARROSO, Luís R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 230.

Filiamo-nos, enfim, ao afirmado por Abboud, em sua compreensão de que “[...] é razoável, na atual quadra histórica, entender que a existência de uma Constituição representa verdadeira condição de possibilidade à manutenção de uma democracia”.⁴⁵

(B) Separação de Poderes

A existência e a prática da democracia dependem, em nossa percepção, da contenção do poder pelo Direito, assegurada, como vimos, pela existência de um ordenamento jurídico-constitucional autônomo, estável e previsível (i.e., *rule of law*). Outrossim, como corolário do movimento constitucionalista e para além da substituição da simples vontade política pelo Direito, fez-se relevante a construção de engrenagens institucionais e sistemas de separação de Poderes, nos quais as funções estatais são exercidas de forma notadamente independente, por diferentes agentes, os quais freiam e se contrapõem uns aos outros todo o tempo, dificultando, destarte, o arbítrio.

A diferenciação institucional e funcional em um determinado Estado, presente a separação de Poderes, inibe que o poder político se acumule e seja exercido de maneira arbitrária, com todas as incumbências e prerrogativas estatais se concentrando nas mãos de um único agente ou colegiado. Já advertia Montesquieu, desde há muito, que “tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares”⁴⁶

Entendemos que, em regimes políticos nos quais o poder é exercido de forma ilimitada, com concentração nas mãos de um mesmo agente ou grupo, será inviável que os elementos formadores dos regimes democráticos constitucionais estejam presentes. Nesses casos, não se verificarão controles interorgânicos que viabilizam e afiançam a estabilidade (com

⁴⁵ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1402.

⁴⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 168.

cumprimento) do ordenamento jurídico, inclusive no que se refere às regras que ditarão o processo eleitoral e a proteção a direitos fundamentais de participação e oposição políticos.

Ou seja, é apenas pela articulação entre elementos distintos aos quais atribuídas as funções estatais, de maneira que um exerça controle sobre o outro na forma do Direito positivado – e a fim de assegurar sua concretude, proteção e autonomia –, que se forma equilíbrio favorável ao regime democrático. Previne-se arbítrio pela possibilidade de exercício do poder estatal por diferentes agentes, na célebre lição de Montesquieu,⁴⁷ ainda que, em muitos casos, por meio de novos arranjos institucionais que transcendem a simples tripartição dos Poderes.⁴⁸⁴⁹

A ideia de separação dos Poderes, em grande medida construída como decorrência do movimento constitucionalista, também se relaciona intimamente com as Revoluções Liberais havidas nos séculos XVII e XVIII. Em *O Federalista*, identificam-se preocupações dos Pais Fundadores quanto à acumulação de poder nas mãos de um único agente ou grupo político,⁵⁰ pelo que foi por eles construída uma intrincada engenharia constitucional e institucional de controle do poder pelo próprio poder. Como afirmava Madison

[...] a grande garantia contra uma concentração gradual dos vários poderes no mesmo braço, porém, consiste em dar aos que administram cada poder os meios constitucionais necessários e os motivos pessoais para resistir aos abusos dos outros. As medidas de defesa devem, neste caso como em todos os outros, ser proporcionais ao perigo de ataque. A ambição deve contra-atacar a ambição. O interesse do homem deve estar vinculado aos direitos constitucionais do cargo. Talvez não seja lisonjeiro para a

⁴⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 169.

⁴⁸ ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 113, n. 3, p. 633-729, 2000. Tradução nossa.

⁴⁹ Cezar Saldanha Souza Junior, após retrospectiva histórica sobre o movimento constitucionalista e suas engenharias de separação dos Poderes, propõe uma hexapartição de Poderes, sistema institucional que seria composto por chefia de Estado, chefia de Governo, Administração (Poder Executivo), Parlamento (Poder Legislativo), Poder Judiciário e, por fim, pelo Tribunal Constitucional (*in* SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão de poderes**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.).

⁵⁰ “O acúmulo de todos os poderes, legislativo, executivo e judiciário, nas mesmas mãos, seja de uma pessoa, de algumas ou muitas, seja hereditário, autodesignado ou eletivo, pode ser justamente considerado a própria definição de tirania. Portanto, se a Constituição federal pudesse ser realmente acusada desse acúmulo de poder, ou de misturar poderes, revelando perigosa tendência a tal acúmulo, não seriam necessários quaisquer argumentos adicionais para inspirar uma reprovação universal do sistema” (*in* MADISON, James; HAMILTON, Alexander, JAY, John. **Os artigos federalistas: 1787 – 1788**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 332-333.).

natureza humana considerar que tais estratagemas poderiam ser necessários para o controle de abusos do governo. Mas o que é o próprio governo, se não a maior das críticas à natureza humana? Se os homens fossem anjos, não seria necessário governo algum. Se os homens fossem governados por anjos, o governo não precisaria de controles externos nem internos. Ao moldar um governo que deve ser exercido por homens sobre homens, a grande dificuldade reside nisto: é preciso primeiro capacitar o governo a controlar os governados; e em seguida obrigá-los a se controlar a si próprio. A dependência para com o governo é, sem dúvida, o controle primordial sobre o governo, mas a experiência ensinou à humanidade que precauções auxiliares são necessárias. Este esquema de suprir por interesses opostos e rivais a falta de melhores motivos pode ser encontrado em todo o conjunto de atividades humanas, tanto privadas como públicas. Nós o vemos particularmente exibido em todas as distribuições subordinadas de poder, onde a meta constante é dividir e organizar os vários cargos de forma tal que cada um possa exercer controle sobre o outro – de tal modo que o interesse pessoal de cada indivíduo possa ser uma sentinela dos direitos públicos. Estas intervenções de prudência não podem ser menos necessárias na distribuição de poderes supremos do Estado.⁵¹

A separação de Poderes tornou-se de tal forma incorporada aos valores democráticos e constitucionais, como uma decorrência do movimento constitucionalista, que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – como já esclarecido, defluência imediata da Revolução Francesa – estipulou, de maneira taxativa, que *toda a sociedade onde a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos Poderes determinada, não tem Constituição*. Destarte, segundo esta perspectiva, inexistindo separação dos Poderes, com os mecanismos de freios e contrapesos que a caracterizam, inexistirá democracia constitucional – posto que sequer Constituição haverá.

Elival da Silva Ramos ensina que

O Estado democrático nasce sob o signo da juridicização do poder. A teoria do Poder Constituinte se, por um lado, importa no reconhecimento de que a origem do ordenamento jurídico se dá a partir de um ato de soberania, o qual, por conseguinte, não pode ser por aquele limitado ou condicionado, por outro, consubstancia uma proposta de institucionalização do poder, que passa a ser exercido pelos órgãos indicados na Constituição e na forma por ela prescrita (e também de acordo com as normas de conteúdo por ela antecipadamente impostas). Dado o êxito do movimento jurídico-político que ficou conhecido como constitucionalismo, esse Estado submetido ao direito se tornou sinônimo de Estado constitucional, em que uma das peças-chave, inquestionavelmente, é a separação dos Poderes.

Muito embora se possa encontrar desde a Antiguidade alguns elementos que viriam a compor o núcleo do princípio, o certo é que apenas com as revoluções liberais do século XVIII lhe foi conferida a formulação com a qual se tornou conhecido, especialmente a

⁵¹ MADISON, James; HAMILTON; Alexander, JAY, John. **Os artigos federalistas: 1787 – 1788**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 350-351.

partir da obra de Montesquieu, *O Espírito das Leis*. Até os albores da Idade Moderna, prevaleceu a ideia de que o êxito de um sistema de governo, no sentido de maior favorecimento ao bem comum, dependia antes da distribuição de seu exercício entre as três principais forças sociais do que do rateio das funções estatais entre diferentes órgãos de poder, vale dizer, antes da concretização do ideal do governo misto do que da Separação de Poderes. No Capítulo VI, do Livro XI, de *O Espírito das Leis*, Charles Louis de Secondat, a pretexto de descrever a Constituição da Inglaterra, faz a defesa enfática da monarquia limitada, em que as três funções estatais então por ele identificadas (legislativa, executiva e judiciária) são atribuídas a órgãos distintos, dotados de prerrogativas de independência institucional (Poderes), disso resultando um sistema de freios e contrapesos inibidor de abusos e altamente benéfico à liberdade individual.⁵²

Ginsburg & Huq (2018), autores que contemporaneamente se dedicaram ao estudo dos processos de erosão democrática – sobre os quais trataremos mais adiante –, ensinam que

Uma parte necessária da democracia constitucional liberal é que exista, em alguma medida, a articulação entre elementos diferentes e distintos dentro do governo. Há uma longa tradição, datada pelo menos desde os redatores da Constituição Americana, como James Madison, e do grande liberal francês François Guizot, em defender “a ilegitimidade radical do poder absoluto” como um dos fundamentos principais da política liberal. Ou, como coloca Hannah Arendt, “liberais não são totalitários”, em função de seu temperamento e das práticas institucionais por eles adotadas. A implicação prática dessa visão – que pode parecer trivial, mas que vem enfrentando resistências por parte da doutrina jurídica norte-americana – é que uma parte necessária dos governos liberais constitucionais é alguma medida de “articulação” entre distintos e diferentes elementos em um Estado. Tais elementos operam em tensão uns com os outros, permitindo que uma pluralidade de vozes, interesses e preocupações possam ser expressadas, viabilizando assim um constante freio à tentação daqueles que estão no poder de acreditar serem infalíveis. Similarmente, há uma tradição de *design* institucional no pós-Guerra de atribuir autoridade à corte constitucional, ou para outras entidades não eleitas, como uma forma de seguro contra o potencial destrutivo da soberania popular.⁵³

Filiando-nos a Ginsburg & Huq, compreendemos que um dos elementos do regime político democrático constitucional é a existência de mecanismos de separação de Poderes, com engrenagens institucionais que o controlem e estejam previstas por um ordenamento jurídico estável, previsível e autônomo, e que, sincronicamente, asseguram estes mesmos *rule of law* e segurança jurídica necessários ao regime democrático.

⁵² RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 114.

⁵³ GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. **How to Save a Constitutional Democracy**. Chicago: The University of Chicago Press, 2018. p. 96, tradução nossa.

(C) Eleições livres, periódicas e competitivas

Esclarecido que a democracia constitucional pressupõe a existência de um regime jurídico estável, previsível e autônomo, que assegura a separação dos Poderes e é sincronicamente por ela assegurado, passa-se à análise de seus outros elementos, os quais, mais especificamente, relacionam-se com e permitem que haja livres e amplas participação e oposição políticas, quer dizer, que garantem a possibilidade de os governados elegerem e se tornarem os governantes, ao mesmo tempo em que os permitem questionar as decisões e políticas adotadas pelos últimos, em um regime representativo (i.e., única forma de democracia atualmente praticada). Como condição a estas participação e oposição políticas, tem-se, primeiramente, a existência de pleitos eleitorais livres, periódicos e competitivos.

Este terceiro elemento da democracia constitucional se extrai das seminais lições de Joseph Schumpeter, que ao criticar o que denominou “doutrina clássica da democracia”⁵⁴ – fundada em concepções rousseauianas partidárias da existência e cognoscibilidade da vontade

⁵⁴ Segundo Schumpeter, “[...] a filosofia da democracia no Século XVIII pode ser resumida na seguinte definição: o método democrático é o arranjo institucional para se chegar a decisões políticas que realiza o bem comum fazendo com que o próprio povo decida as questões mediante a eleição de indivíduos que se reúnem para lhe satisfazer a vontade”. Como pondera o autor, a Doutrina Clássica da Democracia se sustentaria na ideia de que “existe um bem comum, o óbvio farol orientador da política, que sempre é fácil de definir e pode ser percebido por toda pessoa normal por meio da argumentação racional. Portanto, não há desculpa para não o enxergar e, aliás, não há nenhuma explicação para a existência de quem não o enxergue, a não ser a ignorância – que pode ser eliminada -, a burrice e o interesse antissocial. De resto, esse bem comum implica respostas definidas a todas as questões de modo que todo fato social e toda medida adotada ou a ser adotada possam ser classificados inequivocamente ‘bons’ ou ‘ruins’”. Portanto, como todo o mundo tem de estar de acordo, pelo menos em princípio, também há uma vontade comum do povo (= vontade de todos os indivíduos sensatos) que coincide exatamente com o bem comum, o interesse comum ou o bem-estar comum. À parte a burrice e os interesses perniciosos, a única coisa capaz de ocasionar desacordo e explicar a existência de uma oposição é a diferença de opinião quanto à velocidade com que se deve atingir a meta, a qual é comum a quase todos. Assim, cada membro da comunidade, consciente dessa meta, sabendo o que quer e discernindo o que é bom e o que é ruim, participa ativa e responsavelmente do fomento do bom e da luta contra o ruim e, juntos, todos eles controlam os negócios públicos.” (In SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. São Paulo: Ed. da UNESP, 2017, p. 339-340).

geral e do bem comum, típicas a uma sociedade homogênea⁵⁵ –, propôs definir a democracia como “o sistema institucional para se chegar a decisões políticas, no qual os indivíduos adquirem o poder de decidir por meio de uma luta competitiva pelo voto do povo”.⁵⁶ Nessa perspectiva, a democracia deve ser compreendida como um sistema institucional (para nós, um regime político) em que a tomada de decisões coletivas é realizada por indivíduos eleitos por meio de contendas

⁵⁵ Para criticar a Doutrina Clássica da Democracia, Schumpeter pondera que “[...] em primeiro lugar, não existe um bem comum univocamente determinado a respeito do qual todos os homens concordem ou possam ser levados a concordar por força de uma argumentação racional. Isso se deve não ao fato de alguns quererem coisas diferentes do bem comum, mas principalmente ao fato muito mais fundamental de que, para os diversos indivíduos e grupos, o bem comum está fadado a significar coisas diversas. Esse fato, invisível para os utilitaristas devido à estreiteza de sua perspectiva do mundo das avaliações humanas, introduz frinchas em questões de princípios que não se podem reconciliar mediante uma argumentação racional, porque os valores supremos – as nossas concepções do que devem ser a vida e a sociedade – estão fora do alcance da mera lógica. Em alguns casos, é possível estender uma ponte sobre ela, mas em outros não. Os americanos que dizem ‘queremos que o nosso país se arme até os dentes para lutar em todos os lugares do mundo pelo que consideramos justo’ e os americanos que dizem ‘queremos que nosso país resolva seus problemas, pois essa é a única maneira de servir a humanidade’ estão confrontados com diferenças irredutíveis de valores supremos que um compromisso não faria senão mutilar e degradar. Em segundo lugar, mesmo que um bem comum suficientemente definido – como, por exemplo, o máximo de satisfação econômica dos utilitaristas – se mostrasse aceitável para todos, isso não pressuporia respostas igualmente definidas aos problemas individuais. As divergências de opinião a respeito deles poderiam ser graves a ponto de produzir a maior parte dos efeitos de uma discrepância ‘fundamental’ sobre os próprios fins. Os problemas centrados na avaliação das satisfações presentes versus futuras, até mesmo no caso de socialismo versus capitalismo, ficariam em aberto, por exemplo, após a conversão de cada cidadão individual ao utilitarismo. A ‘saúde’ pode ser desejada por todos, no entanto, as pessoas continuariam divergindo quanto à vacinação ou à vasectomia. E assim por diante. Os pais utilitaristas da doutrina democrática não conseguiriam enxergar toda a importância disso simplesmente porque nenhum deles considerou seriamente uma modificação substancial do quadro econômico nem dos hábitos de uma sociedade burguesa. Enxergavam pouco além do mundo de um ferreiro do século XVIII. Mas, em terceiro lugar, como consequência das duas proposições anteriores, desaparece no ar o conceito particular de vontade do povo ou *volonté generale*, do qual os utilitaristas se apropriaram. Porque esse conceito pressupõe a existência de um bem comum inequivocamente determinado e discernível por todos. Ao contrário dos românticos, os utilitaristas não tinham ideia dessa entidade semimística dotada de vontade própria – dessa ‘alma do povo’ tão apreciada pela escola histórica da jurisprudência. Derivavam ingenuamente a sua vontade do povo das vontades dos indivíduos. E, a menos que haja um centro, o bem comum, para o qual gravitam, pelo menos em longo prazo, todas as vontades individuais, não obteremos esse tipo especial de *volonté generale* ‘natural’. O centro de gravidade utilitarista, por um lado, unifica as vontades individuais, tende a fundilá-las, por meio da discussão racional, na vontade do povo e, por outro lado, confere a esta a dignidade ética exclusiva reivindicada pelo credo democrático clássico. Esse credo não consiste simplesmente em cultuar a vontade do povo como tal, mas se apoia em certas hipóteses acerca do objeto “natural” dessa vontade, o qual é sancionado pela razão utilitária. Tanto a existência quanto a dignidade dessa espécie de *volonté generale* se esfumam tão logo nos falte a ideia do bem comum. E ambos os pilares dessa teoria clássica se esmigalham inevitavelmente.” (in SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. São Paulo: Ed. da UNESP, 2017. p. 341-342.).

⁵⁶ SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. São Paulo: Ed. da UNESP, 2017. p. 366.

eleitorais livres, periódicas e competitivas, decididas segundo a regra da maioria, expressa por meio do voto.⁵⁷

Filiamo-nos à visão *schumpeteriana* de democracia, adicionando a ela outros elementos garantidores de que a luta competitiva pelo voto do povo se realize segundo as regras previstas em um ordenamento jurídico estável, e com proteção e respeito ao exercício de direitos fundamentais, inclusive minoritários. Ou seja, nos pleitos eleitorais, deve prevalecer a regra da maioria – atribuídos, tão logo, direitos políticos à maior parte dos indivíduos, como apregoava Dahl⁵⁸ – expressa livremente, sem fraudes ou manipulação, com observância das regras previamente definidas e que regem o sufrágio.

A imprescindibilidade na realização de eleições para que exista uma democracia, com atribuição de direitos políticos à maioria dos cidadãos, é destacada por Ingo Wolfgang Sarlet, ao tratar sobre a vinculação intrínseca entre regimes democráticos e realização de pleitos eleitorais no plano da legislação supranacional:

Muito embora seja na esfera interna de cada Estado que os direitos políticos encontram sua formatação concreta, o valor da democracia para a comunidade internacional e a

⁵⁷ Segundo Norberto Bobbio, “[...] a regra fundamental da democracia é a regra da maioria, ou seja, a regra à base da qual são consideradas decisões coletivas – e, portanto, vinculatórias para todo o grupo – as decisões aprovadas ao menos pela maioria daqueles a quem compete tomar a decisão. Se é válida uma decisão adotada por maioria, com maior razão ainda é válida uma decisão adotada por unanimidade. Mas a unanimidade é possível apenas num grupo restrito ou homogêneo, e pode ser exigida em dois casos extremos e contrapostos: ou no caso de decisões muito graves em que cada um dos participantes tem direito de veto, ou no caso de decisões de escassa importância em que se declara de acordo quem não se opõe expressamente (é o caso do consenso tácito). (in BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 37.). Carlos Blanco de Moraes, a seu turno, afirma que “[...] a democracia política tem subjacente um fundamento de domínio jurídico-político, expresso no grau de intensidade da adesão às escolhas políticas. Essa intensidade traduz-se na existência de uma maioria de adesões expressas em sufrágios. A democracia envolve, assim, uma ideia de preferência maioritária no exercício do poder: a maioria deve impor-se à minoria e governar. Aqui radica o núcleo político do ideário democrático que constitui a fonte de legitimação das autoridades. O princípio democrático ou princípio da maioria manifesta-se, tanto na conversão de votos em mandatos, como no processo de tomada de decisões pelos titulares do poder democraticamente eleito nos órgãos colegiais. Assim, na eleição de um Presidente da República, é eleito o candidato que obtiver o maior número de votos (podendo o sistema eleitoral prever uma só volta em que é eleito aquele que tiver o maior número de sufrágios, ou duas voltas, realizando-se um segundo turno com os dois candidatos mais votados, se no primeiro nenhum candidato obtiver mais de 50% dos votos)” (in MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político no contexto da erosão da democracia representativa**. Lisboa: Almedina, 2017. p. 89).

⁵⁸ DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 350-351.

relevância da participação individual nos processos de decisão sobre os destinos da comunidade para cada pessoa e a afirmação de sua dignidade, também o direito internacional dos direitos humanos acabou consagrando uma pauta mínima em matéria de direitos políticos, a começar pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, cujo art. XXI dispõe: “1. Toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos. 2. Toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país. 3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto”.⁵⁹

Para Carlos Blanco de Moraes, a existência de eleições é o principal critério para a caracterização de uma democracia, lecionando o constitucionalista português que

Em suma um regime tem um fundamento material democrático se o povo exercer os seus direitos políticos e designar livremente os governantes, embora exiba debilidades em termos de separação de poderes e de consagração de um ideário democrático explícito na Constituição, mas não será seguramente democrático se prescindir de eleições livres e competitivas, mas consagrar formalmente poderes separados, controles interorgânicos e uma principiologia democrática como fundamento do Estado.⁶⁰

Ainda que vinculemos a separação de Poderes à democracia constitucional, em certo afastamento às lições de Carlos Blanco de Moraes, aderimos ao constitucionalista luso em seu reconhecimento de que eleições livres, periódicas e competitivas são um elemento imprescindível e nuclear de uma democracia constitucional, sendo o principal mecanismo para atribuição da legitimidade ao poder político instituído, representante da maioria.

(D) Proteção a direitos fundamentais

Finalmente, como último dos elementos que, em nossa visão, compõe o regime democrático constitucional, indicamos a proteção aos direitos fundamentais, notadamente por considerarmos que quando inibido o seu livre exercício, restam inviabilizadas as plenas participação e oposição políticas que são inerentes a um regime democrático.

⁵⁹ SARLET, Ingo W.; MITIDIERO; DANIEL; MARINONI, Luiz G. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 347.

⁶⁰ MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político no contexto da erosão da democracia representativa**. Lisboa: Almedina, 2017. 65-66.

Hans Kelsen há muito ensinou sobre a imperiosidade que a proteção a direitos fundamentais tem na preservação da democracia, considerado que é por meio de seu exercício que se viabiliza a participação efetiva dos cidadãos no “jogo democrático”, especialmente por parte das minorias ocasionais – que são características à democracia enquanto um regime político no qual prevalece a vontade majoritária. Segundo Kelsen, ao defender a importância da deliberação parlamentar para a manutenção da democracia,

Impedir o domínio de classe é o que o princípio majoritário – no âmbito do parlamentarismo – tem condições de realizar. Já é característico que, na prática, ele se mostre compatível com a proteção da minoria. De fato, a existência de uma maioria pressupõe, por definição, a existência de uma minoria. Disto resulta não tanto a necessidade, mas principalmente a possibilidade de proteger a minoria contra a maioria. Esta proteção da minoria é a função essencial dos chamados direitos fundamentais e liberdades fundamentais, ou direitos do homem e do cidadão, garantidos por todas as modernas constituições das democracias parlamentares. Esses direitos apresentam-se, na origem, como uma proteção do indivíduo contra o poder executivo, que, apoiando-se ainda no princípio da monarquia absoluta, tem o direito de, no “interesse público”, intervir na esfera de liberdade do próprio indivíduo toda vez que a lei não o vete expressamente. Mas na medida em que – na monarquia constitucional e na república democrática – a administração e a jurisdição só pudessem ser exercidas com base nas normas legais, e na medida em que se for conquistando o conhecimento da execução, a proclamação dos direitos fundamentais e das liberdades fundamentais só terá sentido se socorrer na forma constitucional específica, vale dizer se apenas a lei criada, com procedimento qualificado e não formal, puder constituir o fundamento para uma intervenção do poder executivo na esfera estruturada de cada direito fundamental e liberdade. A forma típica de qualificação de tais leis constitucionais com respeito às leis ordinárias é representada por um aumento no quórum e por uma maioria especial de dois terços ou três quartos. Embora, teoricamente, essa distinção entre leis ordinárias e leis constitucionais também, seja possível na democracia direta, na prática só o procedimento parlamentar permite tal diferenciação. No seio da assembleia popular a consciência da força material ainda é grande demais para que se possa exigir mais do que a submissão à maioria absoluta, para que, a longo prazo, se possa aceitar que a maioria absoluta renuncie a fazer prevalecer a sua vontade diante de uma minoria qualificada. Somente no procedimento parlamentar é possível tal autolimitação racional como instituição constitucional. Essa autolimitação significa que o rol dos direitos fundamentais e das liberdades fundamentais se transforma, de instrumento de proteção do indivíduo contra o Estado, em instrumento de proteção da minoria – de uma minoria qualificada – contra a maioria puramente absoluta; significa que as disposições referentes a certos interesses nacionais, religiosos, econômicos ou espirituais só podem ser decididas depois da aprovação de uma minoria qualificada, portanto só se a maioria e minoria estiverem de acordo.⁶¹

Também enaltecendo a importância dos direitos fundamentais para a existência de uma democracia constitucional, são valiosas as lições de Robert Dahl, que catalogando os

⁶¹ KELSEN, Hans. **A democracia**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 69-70.

elementos fundamentais das *poliarquias*⁶² – os quais denominou “instituições fundamentais da poliarquia” –, enumerou dentre eles, para além das eleições competitivas e da conferência de direitos políticos para a maioria dos cidadãos, a proteção a direitos fundamentais garantidores de plena participação e oposição políticas, com destaque para os direitos à liberdade de expressão, informação alternativa e autonomia associativa:

Mais especificamente, e para dar mais conteúdo a essas duas características gerais, a poliarquia é uma ordem política que se distingue pela presença de sete instituições, todas as quais devem existir para que um governo possa ser classificado como uma poliarquia.

1. *Funcionários eleitos*. Os funcionários eleitos são constitucionalmente investidos do controle político das decisões governamentais.
2. *Eleições livres e justas*. Os funcionários eleitos são escolhidos em eleições frequentes, conduzidas de modo justo, nas quais a coerção é relativamente rara.
3. *Sufrágio inclusivo*. Praticamente todos os adultos têm o direito de votar na eleição para funcionários do governo.
4. *Direito de concorrer a cargos eletivos*. Praticamente todos os adultos têm o direito de concorrer a cargos eletivos no governo, embora os limites de idade possam ser mais altos para ocupar o cargo do que para o sufrágio.
5. *Liberdade de expressão*. Os cidadãos têm o direito de se expressar, sem o perigo de punições severas, quanto aos assuntos políticos de uma forma geral, o que inclui a liberdade de criticar os funcionários do governo, o governo em si, o regime, a ordem socioeconômica e a ideologia dominante;
6. *Informação alternativa*. Os cidadãos têm o direito de buscar soluções alternativas de informação. Ademais, existem fontes de informação alternativa protegidas por lei.
7. *Autonomia associativa*. Para alcançar seus vários direitos, inclusive aqueles relacionados acima, os cidadãos também têm o direito de formar associações ou organizações relativamente independentes, inclusive partidos políticos independentes e grupos de interesse.⁶³

Ingo Wolfgang Sarlet relaciona a proteção e o exercício dos direitos fundamentais ao regime político democrático constitucional, a fim de que o último transcenda um simples arranjo procedimental formal, para se converter em um governo substancialmente efetuado pelo e para o

⁶² “A poliarquia é uma ordem política que, em âmbito mais geral, distingue-se por duas características amplas: a cidadania é extensiva a um número relativamente alto de adultos e os direitos de cidadania incluem não apenas a oportunidade de opor-se aos funcionários mais altos do governo, mas também a de removê-los de seus cargos por meio do voto. A primeira característica distingue a poliarquia de sistemas mais exclusivos de governo nos quais, embora a oposição seja permitida, os governos e seus oponentes legais são restritos a um grupo pequeno, como foi o caso na Grã-Bretanha, na Bélgica, na Itália e em outros países antes do sufrágio em massa. A segunda característica distingue a poliarquia dos regimes nos quais, embora os adultos em sua maioria sejam cidadãos, a cidadania não inclui o direito de se opor ao governo e de removê-lo do poder por meio do voto, como ocorre nos regimes autoritários modernos”. (in DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 351.).

⁶³ DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 350-351.

povo. O autor menciona, dentre outros, os direitos fundamentais à cidadania, soberania, e à dignidade da pessoa humana:

Mas a democracia, como se sabe, não é apenas forma, ou seja, um processo de legitimação da aquisição e exercício do poder estatal com base na noção de soberania popular, muito embora tal dimensão siga sendo imprescindível e seja mesmo constitutiva da própria democracia. Soma-se a isso uma dimensão material, pois, no contexto de um Estado Democrático de Direito, a própria democracia se descaracteriza sem o reconhecimento, respeito, proteção e promoção de determinados princípios (e valores) e direitos fundamentais, pois, do contrário, o governo do povo e pelo povo poderá eventualmente não ser um governo para o povo. Aliás, não é à toa que um Bertold Brecht se perguntava: Numa democracia todo o poder emana do povo, mas para onde mesmo ele vai...? Em todo caso, o que aqui está em pauta é que a democracia constitucional não poderá ser apenas formal, mas acima de tudo substancial, pois a própria democracia deve se (re)legitimar permanentemente, pois o governo democrático não deve ser legítimo apenas uma vez quando de algum ponto de partida. Vale frisar que, à assim chamada legitimação pelo título (origem) e pelo procedimento, sempre deverá ser acrescida uma legitimação pelo conteúdo, sendo nesse plano que os princípios fundamentais, com destaque para a separação dos poderes, a dignidade da pessoa humana, a soberania, a cidadania, o pluralismo político (no Brasil, expressamente elencados no art. 1º da CF) não podem ser dissociados da compreensão concreta da democracia, assim como se dá com os direitos humanos e fundamentais em geral.⁶⁴

Nossa percepção, repetimos, é a de que a democracia demanda proteção dos direitos fundamentais, notadamente àqueles que estejam relacionados aos processos de participação e oposição política, como o são a liberdade associativa, de imprensa e de expressão. Sem a proteção ao exercício de tais direitos, em nosso sentir, o sistema democrático constitucional não se fará presente, por não viabilizar participação e oposição políticas completas, que, nunca é demais repetir, são típicas à democracia e estranhas aos regimes autocráticos.

(E) Resumo

Em síntese, propomos que a democracia constitucional seja conceituada, para fins deste trabalho, como o *regime político cujos elementos são a existência de um ordenamento jurídico-constitucional estável e conhecido, com separação de Poderes, eleições livres, periódicas e competitivas, e no qual é assegurado o exercício de direitos fundamentais de participação e oposição políticas.*

⁶⁴ SARLET, Ingo W.; MITIDIERO; DANIEL; MARINONI, Luiz G. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 346.

Tal definição, em grande medida, é similar àquela proposta por Ginsburg & Huq (2018), em trabalho dedicado a tratar sobre a “*democracia constitucional liberal*” e sobre a erosão democrática que, apontam os autores, acomete-a:

Resistimos à ideia de que a democracia possa ser reduzida a uma simples exigência de eleições competitivas. Para que a competição eleitoral genuína seja sustentada, é necessário algo mais do que um mínimo de arranjos legais e institucionais. Identificamos três desses requisitos mínimos para uma democracia em funcionamento. Esta começa com eleições livres e justas, com certeza, mas estende-se aos direitos liberais de expressão e associação que são necessários para o processo democrático; e a estabilidade, previsibilidade e publicidade de um regime jurídico geralmente capturado no termo Estado de Direito – uma qualidade de especial importância quando se trata da máquina eleitoral. Essas instituições centrais, argumentamos, estão necessariamente associadas ao ideal democrático que parecia alcançar *status* hegemônico após o fim da Guerra Fria. Quando presentes, essas instituições possibilitam uma forma distinta de autogoverno que garante seu próprio rótulo.⁶⁵

Construído o conceito de democracia constitucional ao qual nos filiaremos, passamos então a tratar brevemente sobre a realidade brasileira.

2.2 A Democracia Constitucional Brasileira

Como se sabe, a história política brasileira desde a independência de Portugal mostrou-se conturbada e esteve marcada por inúmeras quebras institucionais, usualmente acompanhadas da inauguração de uma nova ordem constitucional. Na história nacional democracia não foi regra, mas exceção, como pondera Virgílio Afonso da Silva.⁶⁶ Luís Roberto Barroso, a seu turno, diagnostica que

Percorremos um longo caminho. Pouco mais de duzentos anos separam a vinda da família real para o Brasil e a comemoração do vigésimo quinto aniversário da Constituição de 1988. Nesse intervalo, a colônia exótica e semiabandonada tornou-se

⁶⁵ GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. **How to Save a Constitutional Democracy**. Chicago: The University of Chicago Press, 2018. p. 9, tradução nossa.

⁶⁶ “Desde sua independência de Portugal, em 1822, o Brasil já foi uma monarquia e uma república, teve regimes democráticos e autoritários, governos civis e militares e foi palco de pelos menos três golpes de Estado, além de ter passado por várias crises institucionais e constitucionais”. (in SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: EDUSP, 2020. p. 65.).

uma das dez maiores economias do mundo. O Império de viés autoritário, fundado em uma Carta outorgada, converteu-se em um Estado constitucional democrático e estável, com alternância de poder e absorção institucional das crises políticas. Do regime escravocrata, restou-nos a diversidade racial e cultural, capaz de enfrentar – não sem percalços, é certo – o preconceito e a discriminação persistentes. Não foi uma história de poucos acidentes. Da Independência até hoje, tivemos oito Cartas constitucionais: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988, em um melancólico estigma de instabilidade e de falta de continuidade das instituições. A Constituição de 1988 representa o ponto culminante dessa trajetória, catalisando o esforço de inúmeras gerações de brasileiros contra o autoritarismo, a exclusão social e o patrimonialismo, estigmas da formação nacional.⁶⁷

Como aponta o Ministro do Supremo Tribunal Federal, com a promulgação da Constituição Federal em 1988, resultado da redemocratização brasileira após mais de vinte anos de regime autocrático, estabeleceu-se no país um regime político que, compreendemos, caracteriza-se plenamente como uma democracia constitucional, uma vez que nele estão presentes todos os elementos que, em nosso juízo, compõe-na.

(A) *Estado de Direito* - Rule of Law

Considerado o primeiro dos elementos do regime democrático constitucional acima identificados, e analisando o contexto brasileiro, vislumbramos a existência no país de um regime jurídico-constitucional estável, conhecido e democraticamente construído, a constituir um Estado de Direito (*rule of law*) que, pensamos, é contraposto a arbítrios, oferta bons níveis de segurança jurídica (ao menos quanto às “regras do jogo” político-democrático), e protege o exercício de direitos fundamentais.

A instituição de um Estado de Direito, segundo as lições de Virgílio Afonso da Silva, foi uma das decisões fundamentais do Constituinte Originário brasileiro em 1988:

A análise do conceito de Estado de Direito costuma implicar longas digressões sobre a sua evolução, em diferentes países, em diferentes épocas, bem como sobre possíveis qualificativos adicionais ao conceito, como liberal, social, formal material, dentre vários outros. Embora importantes em diversos contextos, essas digressões não são imprescindíveis para compreender a decisão fundamental por um Estado Democrático de

⁶⁷ BARROSO, Luís R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 136.

Direito na Constituição de 1988. Por Estado Democrático de Direito deve ser compreendida sobretudo a garantia de exercício do poder estatal com base no direito, não no arbítrio ou em vontades pessoais. Como já mencionado, o conceito de Estado de Direito confunde-se com a própria razão de ser de uma constituição: regular o exercício do poder e garantir direitos fundamentais.⁶⁸

A Constituição Federal de 1988, visando a organizar o exercício do poder político e a circunscrever a vontade estatal ao Direito, disciplinou o processo legislativo pátrio, o qual é protagonizado pelo Congresso Nacional, com a participação de múltiplos agentes, em um modelo que podemos classificar como *multistakeholder*. Por certo, não há na disciplina legislativa brasileira e no processo de produção do Direito positivo pátrio qualquer possibilidade de imposição de normas jurídicas por mero ato de vontade, sem que haja sua discussão de forma *ex-ante* pelo Congresso Nacional, ou controle *ex-post* pelos Poderes Legislativo e Judiciário, além da possibilidade de exercício do poder de veto pelo chefe do Poder Executivo.

Estabeleceu-se no Brasil, outrossim, um sofisticado sistema de controle de constitucionalidade, preventivo e repressivo, podendo o último ser suscitado por diferentes legitimados (i.e., muitos dos quais não integrantes do poder público e alheios à disputa político-partidária) quando em controle abstrato, assim como por qualquer parte e perante qualquer juiz quando em controle incidental. Este sistema de controle de constitucionalidade, em seus diferentes arquétipos, viabiliza o questionamento de aspectos formais e materiais das normas jurídicas editadas no país, cotejando-as vis-à-vis o texto constitucional, de sorte a protegê-lo e assegurar sua estabilidade e rigidez, assim como para garantir a independência do Direito e sua vinculação à Constituição sob o qual se constrói nossa democracia.

Referido controle de constitucionalidade, cujas bases remontam à Constituição republicana de 1891, decorre do reconhecimento expresso pelo constituinte originário de que no Brasil deve vigor um Estado Democrático de Direito subordinado ao texto constitucional, e no qual o governo esteja vinculado e limitado pelas leis, não sendo o poder exercido por meio de meros atos de vontade impassíveis de controle. Assim, o controle de constitucionalidade, especialmente em seus arquétipos repressivos, atua como um garantidor da estabilidade e

⁶⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: EDUSP, 2020. p. 31.

previsibilidade do regime político democrático, assegurando sua juridicidade,⁶⁹ como afirma Lenio Streck:

Essa concepção de “governo da lei” foi importantíssima para a afirmação (e legitimidade) do *judicial review*. Na verdade, a intervenção das Cortes na revisão dos frutos do processo legislativo é resultado da compreensão da existência de um “governo das leis” (*rule of law*), à distinção de “governo dos homens”, como império da soberania popular (*rule of people*). Ou seja, não bastaria a legalidade para que se substituísse o “governo dos homens” pelo das leis, mas seria necessária uma correspondência entre a legislação e a afirmação dos direitos civis e políticos.⁷⁰

Assim, pela estabilidade constitucional conferida ao processo legislativo brasileiro, e considerada a existência de um sofisticado sistema de controle de constitucionalidade – acerca do qual, repita-se, trataremos mais detalhadamente adiante –, pode-se compreender que vige no Brasil um *rule of law* estável, notadamente no que se refere ao processo legislativo-democrático.

(B) Separação de Poderes

A existência de uma engenharia institucional de separação de Poderes no contexto constitucional brasileiro se extrai de forma imediata pela análise da literalidade da Constituição Federal de 1988, nomeadamente de seu artigo 2º, o qual estipula que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Por certo, o Constituinte Originário brasileiro elevou a separação de Poderes ao nível de princípio estruturante, taxativamente prevendo a atuação de três Poderes que são independentes entre si, e os quais mutualmente (e a todo o tempo) se controlam e limitam. Como aponta Ingo Wolfgang Sarlet, traçando uma retrospectiva sobre a separação de Poderes ao longo da história constitucional brasileira,

[...] no caso brasileiro, especialmente desde a primeira Constituição da República (1891), mas de modo especialmente estruturado na atual Constituição Federal, o sistema de divisão (chamado pelo constituinte de separação!) de poderes, fortemente inspirado pela tradição norte-americana e próximo também do modelo adotado pela Lei Fundamental da Alemanha (1949), se identifica pelo fato de que os três poderes (órgãos

⁶⁹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 114.

⁷⁰ STRECK, Lenio L. **Jurisdição constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 108.

e funções) estatais se caracterizam por uma atuação conjunta e voltada à consecução dos objetivos constitucionais, atuação que se dá de forma desconcentrada, racional e juridicamente limitada por esferas de competência próprias e mecanismos de controle recíprocos. Assim, em caráter de síntese, o princípio da separação dos poderes tem como objetivo o controle do poder pelo poder num esquema de fiscalização recíproca, que se materializa por um conjunto diferenciado de técnicas e instrumentos, como é o caso do direito de veto do chefe do Poder Executivo, a própria possibilidade de edição de atos normativos pelo Executivo, a aprovação pelo Legislativo do orçamento dos demais órgãos estatais, o controle judicial dos atos dos demais Poderes, entre outros.⁷¹

Os Poderes no contexto jurídico-constitucional brasileiro atuam, portanto, de forma notadamente independente – com esferas de competência próprias e delimitadas –, ao mesmo passo em que controlam uns aos outros, como, por exemplo, por meio do exercício do poder de veto e da prerrogativa para editar atos normativos pelo chefe do Poder Executivo, na aprovação, pelo Legislativo, do orçamento dos demais Poderes, e, finalmente, pelo controle judicial dos atos dos outros Poderes, inexorável diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Para aquilo que pretendemos com o presente trabalho, parece-nos suficiente esclarecer, portanto, que vige no Brasil um modelo de separação de Poderes, assegurado o livre funcionamento de pelo menos três deles, separação esta que, inclusive, está protegida contra emendas constitucionais que visem a suprimi-la, tratando-se de cláusula pétrea, prevista no artigo 62, II da Constituição Federal.

(C) Eleições livres, periódicas e competitivas

A Constituição Federal de 1988 instituiu uma democracia representativa no Brasil, na qual os cidadãos elegem os seus representantes, sem prejuízo do exercício direto da soberania popular, por intermédio de plebiscitos, referendos e da iniciativa legislativa. Previu o texto constitucional, de maneira taxativa, que “[...] todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição”.⁷²

⁷¹ SARLET, Ingo W.; MITIDIERO; DANIEL; MARINONI, Luiz G. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 129.

⁷² Constituição Federal, artigo 1º, parágrafo único.

Para a seleção dos representantes, a Constituição Federal prevê a realização periódica de eleições mediante sufrágio universal, com voto direto, secreto e de valor igual para todos,⁷³ absolutamente vedada a cassação de direitos políticos.⁷⁵ Os representantes são eleitos por meio de pleitos periódicos e regulares, em datas previamente definidas na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, nos quais votam a grande maioria dos brasileiros, que também podem se candidatar para cargos políticos, apenas observada a necessidade de filiação partidária e outras condicionantes justificadas, como, por exemplo, a idade mínima para acesso a determinados cargos.

Para assegurar a competitividade e a higidez do processo eleitoral, dificultando sua manipulação por grupos de ocasião que ocupassem os Poderes permeáveis à disputa político-eleitoral, atribuiu-se à Justiça Eleitoral – originalmente instituída pelo Decreto n.º 21.076, de 24 de fevereiro de 1932 (i.e., o Código Eleitoral de 1932) – a responsabilidade pela organização das contendas eleitorais, pelo resguardo a direitos políticos e pela resolução de controvérsias relacionadas à disputa política. Dessa forma, foi dado ao Poder Judiciário – cuja seleção dos membros não se faz por meio de sufrágio – a administração do processo eleitoral pátrio, decisão de destacada importância, como pondera Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

A justiça eleitoral é outro dos ramos da justiça federal. Não a criou entre nós a Constituição de 1946, mas esta apenas a restaurou, criada que fora pelo Código Eleitoral de 1932 e consagrada pela Lei Fundamental de 1934.

Seu estabelecimento, pelo qual lutaram muitos, dentre os quais se sobressai Assis Brasil, se inspirou no Tribunal Eleitoral tcheco de 1920, onde aponta o gênio de Kelsen. Marca a sua criação a instauração da honestidade eleitoral, ainda que incompleta, entre nós.

De fato, veio a justiça eleitoral realizar em bases imparciais e honestas, seja o alistamento dos eleitores, seja a apuração das eleições e a diplomação dos eleitos. Não se pode dizer que sua simples criação “fez vestal da Mesalina”, mas indiscutivelmente deu seriedade aos pleitos. Não acabou com a fraude, mas a reprimiu, reduzindo-a bastante.⁷⁶

⁷³ Constituição Federal, artigo 14.

⁷⁴ Inclusive, o voto direto, secreto e periódico foi elevado à condição de cláusula pétrea, consoante disposto pelo artigo 60, §4º, II da Constituição Federal.

⁷⁵ Constituição Federal, artigo 15.

⁷⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 288-289.

Empiricamente, identifica-se que passados mais de trinta anos de democracia constitucional inaugurada em 1988, distintos grupos políticos, de variadas matrizes ideológicas, foram eleitos para chefiar o Poder Executivo e como maiorias no Poder Legislativo, sendo possível afirmar que, na atual quadra histórica, realizam-se no Brasil eleições livres, periódicas e competitivas, ainda que o tema possa merecer estudos mais aprofundados, especialmente relacionados a temas como democracia intrapartidária, financiamento eleitoral e igualdade de oportunidades, os quais, por certo, excederiam os propósitos deste trabalho.

(D) Resguardo aos direitos fundamentais de participação e oposição

A Constituição Federal de 1988 sucedeu um regime autocrático no qual liberdades individuais foram suprimidas por intensa repressão política e jurídica, impossibilitadas as livres participação e oposição políticas. Não é de se estranhar que em resposta ao autoritarismo do passado, a atual Constituição preveja um amplo e significativo rol de liberdades públicas, especificamente destinadas a permitir a participação de todos os brasileiros na vida política e a contestação a atos e decisões dos governos de ocasião.

A Constituição Federal enumera os direitos e garantias fundamentais protetivos contra o arbítrio estatal – viabilizadores, logo, de participação e oposição políticas – dentre os quais, similarmente às “instituições fundamentais da poliarquia” erigidas por Robert Dahl,⁷⁷ destacam-se: o direito de concorrer a cargos eletivos, assegurado pelo artigo 14 da Constituição Federal, disciplinador dos direitos políticos; as liberdades de expressão e manifestação, asseguradas pelos artigos 5º, IV e 220 da Constituição Federal; o direito de acesso à informação alternativa, produzida por fontes não estatais ou governamentais, assegurado pelo tratamento conferido à comunicação social pelo Capítulo V do Título VIII da Carta Maior; e, por fim, o direito à autonomia associativa, assegurado pelo artigo 5º, incisos XVII, XVIII, XIX, XX e XXI da Constituição Federal.

⁷⁷ DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 351-352.

Por evidente, a inserção de direitos fundamentais no texto constitucional desprovida de mecanismos adequados para proteção ao seu exercício convertê-los-ia em meras “barreiras de papel” (*parchment barriers*),⁷⁸ pelo que o constituinte originário teve por bem elevá-los à condição de cláusulas pétreas⁷⁹ – impedindo sua supressão por via de emenda constitucional (i.e., não podendo assim ser suprimidos por indivíduos ou grupos de ocasião que ocupem o poder, ainda que suportados por maiorias qualificadas no Congresso Nacional) – assim como construir um rol de remédios constitucionais aptos à resguardá-los em caso de violação ou ameaça, os quais podem ser exercidos perante o Poder Judiciário, independente e impossibilitado de se esquivar da apreciação a lesão de direitos, sendo inafastável a jurisdição.⁸⁰

Sobre o tema dos remédios constitucionais, ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho que

A expressão “remédio de Direito Constitucional” parece não ser das mais felizes, por ser risível a metáfora que encerra. Entretanto, é ela consagrada, para designar “uma espécie de ação judiciária que visa a proteger categoria especial de direitos públicos subjetivos (Alfredo Buzaid), as chamadas “liberdades públicas”, ou direitos fundamentais do homem. Em lugar dela, muitos preferem usar a expressão “garantias de Direito Constitucional”. O emprego desta expressão não é errôneo. O *habeas corpus*, o mandado de segurança, etc., garantem direitos fundamentais. É bem de ver, porém, que, rigorosamente falando, as garantias dos direitos fundamentais são as limitações, as vedações, impostas pelo constituinte ao poder público. O *habeas corpus*, o mandado de segurança etc., são meios de reclamar o restabelecimento de direitos fundamentais violados, remédios para os males da prepotência.⁸¹

Somados ao direito de ação e de petição, garantidos pelo arcabouço jurídico-constitucional brasileiro, assim como adicionados a amplo rol de instrumentos coletivos para

⁷⁸ A potencial insuficiência das barreiras ao arbítrio construídas pelo texto constitucional quando não criados mecanismos de proteção adequados – convertidas em *parchment barriers* - foi objeto de preocupação por parte dos Pais Fundadores, notadamente ao conceber o modelo constitucional norte-americano de separação de Poderes, conforme apontou James Madison no seminal O Federalista n.º 48: “Será suficiente demarcar com precisão os limites desses poderes na constituição do governo e confiar nessas barreiras de papel contra a índole abusiva do poder? Foi sobretudo a essa garantia que parecem ter recorrido os compiladores da maioria das constituições dos Estados Americanos. A experiência nos afirma, porém, que a eficácia dessa medida foi enormemente superestimada, e que os braços mais fracos do governo têm necessidade de imprescindível de alguma defesa mais adequada contra os mais fortes”. (*in* MADISON, James; HAMILTON, Alexander, JAY, John. **Os artigos federalistas**: 1787 – 1788. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 338.).

⁷⁹ Constituição Federal, artigo 60, §4º.

⁸⁰ Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXXV.

⁸¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 348-349.

tutela da atuação estatal – dentre os quais se incluem a ação popular⁸² e a ação civil pública –, pode-se afirmar que vige atualmente um amplo arcabouço normativo-protetivo capaz de assegurar os direitos fundamentais de participação e oposição políticos no Brasil.

(E) Resumo

Esperamos haver demonstrado que o constitucionalismo brasileiro incorporou o regime político da democracia constitucional, em seus quatro elementos fundamentais. Passamos, então, ao estudo da crise contemporânea da democracia, conceituando o processo de erosão democrática, a fim de investigar o papel do Direito e da jurisdição constitucional nesta novel conjuntura.

⁸² Ver RAMOS, Elival da Silva. **A ação popular como instrumento de participação política**. São. Paulo: Revista dos Tribunais, 1991; e ROCHA, Luiz Alberto G. S. Rocha. Ação popular como mecanismo de controle democrático. *In*: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; LEAL, Roger Stiefelmann (coord.). **A nova constituição de 1988?** Santo André: Dia a Dia Forense, 2021.

3 CRISE DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

No final do século XX, assistiu-se ao que se convencionou denominar “terceira onda de democratização”,⁸³ momento no qual se (re)democratizou grande parte dos países latino-americanos – dentre os quais o Brasil, em processo ultimado com a promulgação da Constituição Federal de 1988 –, alguns dos países que pertenciam ao bloco soviético, e outros tantos localizados nos continentes asiático e africano. Naquele tempo, considerado o colapso do regime totalitário russo e a queda do Muro de Berlim, imaginou-se que a democracia constitucional se tornaria o regime político predominante pelo restante da história, um axioma na maior parte do globo.

Foi esse o contexto em que Francis Fukuyama produziu sua obra *O Fim da História e o Último Homem*, profetizando sobre um futuro infalivelmente democrático:

[...] o desenvolvimento mais notável do último quartel do século XX foi a revelação de enormes fraquezas no cerne de ditaduras aparentemente fortes, sejam elas militares autoritárias à direita, ou comunista-totalitárias à esquerda. Da América Latina à Europa Oriental, da União Soviética ao Oriente Médio e à Ásia, governos autoritários têm falhado nas últimas duas décadas. E enquanto eles não foram suplantados em todos os casos por democracias liberais estáveis, a democracia liberal permanece como a única aspiração política coerente que abrange diferentes regiões e culturas ao redor do globo. [...] apesar das poderosas razões para sermos pessimistas frente à experiência na primeira metade deste Século, os acontecimentos de sua segunda metade têm apontado para um cenário muito diferente e inesperado. À medida que chegamos à década de 1990, o mundo como um todo não revelou novos males, mas melhorou em diversas maneiras. A principal entre as surpresas que ocorreram no passado recente foi o colapso totalmente inesperado do comunismo em grande parte do planeta, no final da década de 1980. Todavia, tal desenvolvimento, ainda que inesperado, foi apenas parte de um padrão maior de eventos que vêm tomando forma desde a Segunda Guerra Mundial. Ditaduras autoritárias de todos os tipos, tanto à direita como à esquerda, entraram em colapso. Em alguns casos, o colapso levou ao estabelecimento de democracias liberais prósperas e estáveis. Em outros, o autoritarismo subsequente foi seguido por instabilidade, ou por outra forma de ditadura. Mas quando a democracia bem-sucedida finalmente emergiu, os autoritários de todos os tipos vêm sofrendo uma grave crise em praticamente todas as partes do globo. Se a principal inovação política do início do Século XX foi a invenção dos Estados totalitários fortes da Alemanha ou da Rússia, as últimas décadas revelaram uma significativa fraqueza em seu núcleo. E essa fraqueza, tão grande e inesperada,

⁸³ HUNTINGTON, Samuel. **A terceira onda: a democratização no final do século XX**. São Paulo: Ática, 1994.

sugere que as lições pessimistas sobre a história que nosso século supostamente nos ensinou precisam ser repensadas.⁸⁴

Nos anos que sucederam o fim da Guerra Fria, a democracia constitucional se sedimentou em grande parte do mundo como regime político vigorante ou, quando não, que deveria ser perseguido. Tornar-se e manter-se democrático se transformou em um dever quase incontestável, conduzindo à popularização da democracia constitucional nos anos subsequentes, com melhoras significativas em sua governação.

Para Carlos Blanco de Moraes, uma retrospectiva histórica, especialmente dos anos que sucederam o colapso da União Soviética, aponta em direção à adoção e ao aprimoramento dos regimes políticos democráticos constitucionais e de suas instituições, uma vez que,

Se se recordar a democracia desigualitária inerente aos sistemas eleitorais censitários do Século XIX, o caráter relativamente tardio da afirmação do sufrágio universal, a existência de um número expressivo de regimes autocráticos ainda subsistentes na Europa do Sul, na América Latina e na Europa do Centro e Leste até a década de 90, a ausência de controlo público da democracia interna dos partidos até muito recentemente e o caráter encoberto de financiamentos ilícitos das campanhas que passou a ser desvelado e punido no virar do milênio (sucendo a tempos de perfeita desigualdade e impunidade) é possível reconhecer que o percurso dos regimes democráticos tem caminhado para um maior aperfeiçoamento no plano qualitativo e não para uma decomposição. O facto é que os cidadãos tornaram-se mais alfabetizados, a sociedade de informação revela à luz do dia o que estava oculto e as contra-elites intelectuais e jornalísticas ficaram mais exigentes, pelo que evidentes defeitos como os da clausura partidária, hermetismo das lideranças e caráter simplista e massificado da mensagem política passaram a ficar mais expostos à crítica.⁸⁵

Concordamos com o constitucionalista luso em sua constatação de que o caminho histórico vem conduzindo, não sem percalços, à adoção e à melhoria da democracia constitucional como regime político em grande parte do mundo, pelo que há até pouco tempo, ela de fato parecia insubstituível, tendo se tornado um regime político cuja adoção era indisputável. Diagnóstico similar é feito por Luís Roberto Barroso:

⁸⁴ FUKUYAMA, Francis. **The end of history and the last man**. The Free Press: Ney York, 1992. p. xiii/12, tradução nossa.

⁸⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político no contexto da erosão da democracia representativa**. Lisboa: Almedina, 2017. p. 104.

[...] o constitucionalismo democrático prevaleceu historicamente, em muitas partes do mundo, sobre as alternativas concorrentes que surgiram ao longo do século XX, quais sejam: (i) o comunismo, após a Revolução Russa de 1917; (ii) o fascismo, irradiando da Itália de Mussolini, a partir da década de 1920; (iii) o nazismo, sob a liderança de Hitler na Alemanha, a partir da década de 1930; (iv) os regimes militares, que dominaram a América Latina, a Ásia, a África e até alguns países europeus no pós-guerra; e (v) o fundamentalismo religioso, marcado pela revolução dos aiatolás no Irã em 1979. O modelo vencedor consagrou a centralidade e a supremacia da Constituição – e não de um partido único, das Forças Armadas ou das escrituras religiosas. Alguns autores chegaram a falar em fim da história, celebrando a democracia liberal como o ápice da evolução institucional da humanidade.

De fato, houve várias ondas de democratização. A primeira ocorreu no final da Segunda Guerra Mundial, em um ciclo que incluiu Alemanha, Itália, Japão e até o Brasil, que, no entanto, voltou ao autoritarismo na década de 1960. A segunda onda veio na década de 1970, atingindo países como Portugal, Espanha e Grécia. Uma terceira onda se formou na década de 1980 em países latino-americanos como Brasil, Chile, Argentina e Uruguai. E, logo à frente, com a queda do Muro de Berlim, a década de 1990 viu a democratização e reconstituição dos países da Europa Central e Oriental, incluindo Hungria, Polônia e Tchecoslováquia. Também na década de 1990, com o fim do Apartheid, veio a democratização da África do Sul e de outros países do continente.⁸⁶

Nos anos que sucederam a terceira onda de democratização, não é que a democracia constitucional tivesse deixado de ser objeto de preocupações e estudos, mas sua posição como regime político axiomático, de adoção imperativa, não era seriamente questionada, tampouco ameaçada. Perquiria-se como melhorar a performance dos regimes democráticos constitucionais, tornando-os mais aderentes com a vontade dos cidadãos – produzindo governos responsivos e dotados de maior *accountability* –, assim como eram investigados temas importantes como a evolução e a melhoria dos sistemas partidário e de governo, a possibilidade (ou não) do surgimento de uma “democracia digital” – resultado de processo de evolução tecnológica –, dentre outros assuntos mais diretamente afetos à performance e evolução da democracia constitucional. Estudava-se, enfim, como aprimorar a democracia, sendo incomuns, contudo, as preocupações com a sua defesa.

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. Populism, authoritarianism, and institutional resistance: Constitutional Courts in the game of power. **Texas International Law Journal**, Austin, v. 57, n. 3, p. 259-285, 2022. Tradução nossa.

Ocorreu que, na última década e face a uma miríade de fatores,⁸⁷ estudiosos nos mais diversos campos das ciências humanas vêm diagnosticando que a democracia constitucional enfrenta um significativo processo de deslegitimação e enfraquecimento, estando cada vez mais questionada – e ameaçada – como regime político irrefutável e que deva necessariamente ser almejado ou protegido.

Ainda que parte dessa percepção possa decorrer de contrariedades ideológicas por autores progressistas com a recente dominância eleitoral de programas e visões conservadoras em

⁸⁷ Carlos Blanco de Moraes, ao tratar sobre a sintomatologia da crise democrática, identifica o surgimento de visões contemporâneas que compreendem que a democracia representativa seria deficitária e careceria ela própria de ser “redemocratizada”. Segundo o constitucionalista português, preocupações relacionadas com a saúde da democracia representativa moderna vêm aflorando, resultando de problemas como o reducionismo eleitoral, a clausura no processo de decisão por agentes minoritários, a captura do poder político pelo poder econômico, a deslocação da soberania popular do Estado para as estruturas econômicas e financeiras transnacionais e o surgimento de uma representação meramente formal. (*in* MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político no contexto da erosão da democracia representativa**. Lisboa: Almedina, 2017. p. 93.). Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em obra recente, denominada *A Ressureição da Democracia (2020)*, também aborda os diversos problemas contemporaneamente associados ao regime democrático representativo, notadamente ao caso brasileiro, lecionando que “no plano brasileiro também se registra tal crise. Criou-se ao findar o regime militar uma euforia democrática. A *Nova República*, desenhada na Constituição de 1988, configuraria uma governança pelo povo e para o povo, a qual eliminaria velhos vícios e constituiria prosperidade, liberdade e igualdade para todos os brasileiros. Nem passados trinta e poucos anos, ela periclita, marcada pelo insucesso na prosperidade, pela insatisfação da desigualdade e pelo recrudescimento de velhos vícios, especialmente da corrupção. Sua legitimidade se erodiu, e com esta a autoridade democrática. Vive-se uma crise política, para a qual não se vê solução”. (*in* FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A ressurreição da democracia**. Santo André: Dia a Dia Forense, 2020. p.13-14.). Finalmente, Luís Roberto Barroso divide estes fatores de “crise da democracia” em fatores políticos, econômico-sociais e culturais-identitários. Os primeiros estariam relacionados com uma crise da representação política nas democracias contemporâneas, diante de sua falha em conferir voz ativa e relevância para a cidadania. Os segundos decorrem de conjuntura em que diversos trabalhadores e profissionais perderam seus empregos e tiveram reduzidas as suas perspectivas de ascensão social, quer pela pobreza endêmica, quer porque perderam relevância no mundo globalizado, diante da nova economia do conhecimento e da automação, que fragilizam as indústrias e atividades mais tradicionais, sem falar nas medidas de austeridade defendidas por organismos internacionais e por países com liderança econômica mundial, que reduzem programas e redes de seguridade social. Por fim, os terceiros fatores estão relacionados ao contingente de pessoas que não professam um credo cosmopolita, igualitário e multicultural, impulsionado pela agenda progressista de direitos humanos, notadamente em temas como igualdade racial, feminismo, casamento gay, defesa das populações nativas, proteção ambiental, descriminalização das drogas e uso da ciência como critério para informar políticas públicas, entre outras agendas “modernas”, as quais se sentem desfavorecidas ou excluídas de um mundo “politicamente correto” e passam a se apegar a valores tradicionais que lhes dão segurança e esperança de recuperar uma hegemonia perdida. (*in* BARROSO, Luís Roberto. Populism, authoritarianism, and institutional resistance: Constitutional Courts in the game of power. **Texas International Law Journal**, Austin, v. 57, n. 3, p. 259-285, 2022. Tradução nossa.).

partes do mundo, como compreende Manoel Gonçalves Ferreira Filho,⁸⁸ fato é que a democracia constitucional – na qual respeitadas certas “regras do jogo” e baseada na construção de consensos e compromissos –, parece realmente enfrentar um momento de distopia e inflexão, marcado por intensa polarização e pelo desrespeito flagrante e intencional a *standards* comportamentais anteriormente inquestionáveis, como, por exemplo, a deferência aos processos eleitorais democraticamente conduzidos. Entraram em cena o populismo, o extremismo e o autoritarismo,⁸⁹ em oposição à conjuntura anterior de prevalência democrática, em que composições prevaleciam frente ao embate ideológico irracional.

De fato, em um mundo globalizado, no qual o modelo econômico vigente parece incrementar desigualdades, subsistindo uma exigência crescente pela consagração de direitos sociais – gerando enormes frustrações em uma grande parcela da população –, a democracia está em crise, dizem alguns, por, supostamente, não haver logrado os resultados que dela se esperavam há duas décadas, quando se tornou axiomática. Neste sentido compreendem, por exemplo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁹⁰ e (o próprio profeta da vitória definitiva da democracia) Francis Fukuyama.⁹¹ Há também aqueles, como Achen & Bartens (2016), que compreendem que os resultados esperados da democracia simplesmente nunca foram factíveis,

⁸⁸ Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, tratando sobre os diagnósticos contemporâneos de crise da democracia, “nestas colocações, há, sem dúvida, um grau de confusão entre a desafeição pelas políticas postas em prática pelas democracias e a desafeição para com esta. Transparece das denúncias um nítido viés de ‘esquerda’, que pretende serem as suas ideias o cerne da democracia e a inspiração necessária de políticas democráticas. Por isto, condenam quem com elas não concorda como um ‘direitista’ ou ‘populista’, por definição inimigo da democracia” (*in* FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A ressurreição da democracia**. Santo André: Dia a Dia Forense, 2020. p. 12-13).

⁸⁹ Novamente nos valendo das lições de Luís Roberto Barroso, “[o] populismo é um conceito que tem sido intensamente revisitado nos últimos tempos, com a conotação muitas vezes negativa de manipulação dos medos, necessidades e desejos da população. Via de regra, oferece soluções simples – e erradas – para problemas complexos, atendendo a demandas imediatas com alto custo futuro. O extremismo, que pode ser de qualquer lado do espectro político, caracteriza-se pela intolerância, o repúdio ao diferente e a rejeição ao pluralismo político, comumente por meio de ameaças de violência. O autoritarismo envolve repressão brutal de oponentes, intimidação ou cooptação de instituições de controle e diferentes formas de censura, permitindo o governo autoritário sem responsabilidade. A seguir, uma breve nota sobre cada uma dessas disfunções.” (*in* BARROSO, Luís Roberto. Populism, authoritarianism, and institutional resistance: Constitutional Courts in the game of power. **Texas International Law Journal**, Austin, v. 57, n. 3, p. 259-285, 2022. Tradução nossa.

⁹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A ressurreição da democracia**. Santo André: Dia a Dia Forense, 2020. p. 20-21.

⁹¹ FUKUYAMA, Francis. Why is democracy performing so poorly? **Journal of democracy**, Baltimore, v. 26, n. 1, 2015.

pelo que era inevitável que houvesse uma crise na contemporaneidade, clamando por uma visão mais realista sobre o regime democrático, a representação política, e seu potencial de melhoria das condições de vida.⁹²

Fato é que em alguns países – e, para alguns pesquisadores, no Brasil⁹³ – ideologias autocráticas se manifestam de maneira cada vez mais perceptível, conduzindo a um novo paradigma no qual a democracia não mais impera incontestemente. É o que diagnostica Yascha Mounk, para quem

Até há pouco tempo, a democracia liberal reinava absoluta. A despeito de todas as suas deficiências, a maioria dos cidadãos parecia profundamente comprometida com sua forma de governo. A economia estava em crescimento. Os partidos radicais eram insignificantes. Os cientistas políticos achavam que em lugares como a França ou os Estados Unidos a democracia chegara para ficar fazia um bom tempo e que em anos vindouros pouca coisa mudaria. Politicamente falando, assim parecia, o futuro não seria muito diferente do passado.

Então o futuro chegou – e se revelou, na verdade, bem diferente.

A desilusão do cidadão com a política é coisa antiga; hoje em dia, ele está cada vez mais inquieto, raivoso, até desdenhoso. Faz tempo que os sistemas partidários parecem paralisados; hoje o populismo autoritário cresce no mundo todo, da América à Europa e da Ásia à Austrália. Não é de hoje que os eleitores repudiam esse ou aquele partido, político ou governo; agora, muitos deles parecem estar fartos da democracia liberal em si.⁹⁴

João Gabriel Madeira Pontes, revisitando as profecias de Francis Fukuyama após mais de três décadas desde sua realização, percebe que

É verdade que, por algum tempo, os números se mostraram favoráveis à tese do triunfo definitivo das democracias constitucionais. De acordo com o *Polity Project*, a quantidade de regimes democráticos saltou de 52, em 1989, para 103, em 2015. Na opinião de Jairo Nicolau, esse crescimento se deveu, sobretudo, “à transição dos países comunistas do Leste Europeu, ao fim das ditaduras latino-americanas e à criação de instituições democráticas em diversos países africanos recém-independentes”. Naqueles anos, nada parecia capaz de deter a maré democrática – ou o sorriso satisfeito no rosto de Francis Fukuyama.

A história, contudo, não tardaria a desmentir o arauto do seu suposto fim. Em pesquisas dedicadas ao tema, Larry Diamond apontou que, neste início de século, as democracias

⁹² ACHEN, Christopher H.; BARTELS, Larry M. **Democracy for realists**: why elections do not produce responsive government. Princeton University Press, 2016.

⁹³ Consoante assinalado por diversos estudiosos das ciências humanas em obra ABRANCHES, Sérgio *et al.* Democracia em risco?: 22 ensaios sobre o Brasil hoje. São Paulo: Cia das Letras, 2019.

⁹⁴ MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Tradução: Cássio de Arantes Leite, Débora Landsberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 16.

constitucionais vêm atravessando um período de verdadeira recessão. Afirma o sociólogo que alguns fatores são cruciais para esse cenário tão alarmante. Dentre eles, destacam-se a verificação de uma taxa significativa e acelerada de episódios de colapso democrático; o declínio da qualidade e da estabilidade das democracias em países economicamente emergentes; o aprofundamento do autoritarismo, inclusive em nações grandes e estrategicamente importantes; e o mau desempenho de democracias já consolidadas, o que afeta a promoção eficiente de valores democráticos no plano internacional.⁹⁵

Virgílio Afonso da Silva trata sobre o advento de um *anticonstitucionalismo*, classificando-o como a quebra dos pactos constitucionais democráticos pelo próprio povo, reflexionando que “um dos grandes desafios contemporâneos ao constitucionalismo é justamente como reagir àqueles abalos às principais instituições constitucionais e democráticas que ocorrem com apoio popular, direto ou indireto”.⁹⁶

Diante desse novo contexto, a crise da democracia e a necessidade de proteção do regime político democrático constitucional passaram a ser objeto de análise nos campos da Teoria Geral do Estado, da Ciência Política e, como não poderia deixar de ser, do Direito Constitucional.⁹⁷ São muitos os estudos recentes que não mais se destinam apenas a propor melhorias à democracia e a seu funcionamento, mas a identificar os fatores que causam e contribuem para uma verdadeira crise, perquirindo os meios aptos para protegê-la de ameaças iminentes.

E, como adiantamos no Capítulo introdutório deste trabalho, trata-se de uma nova crise, na qual os agentes subversores das democracias e os mecanismos por eles utilizados se alteraram sensivelmente em relação ao passado. Enquanto o século XX foi marcado por golpes de

⁹⁵ PONTES, João Gabriel Madeira. **Democracia militante em tempos de crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 16.

⁹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: EDUSP, 2020. p. 636.

⁹⁷ Segundo Georges Abboud, “[...] nos últimos anos, nota-se uma crescente preocupação de juristas, principalmente anglo-saxões, em relação à ascensão de movimentos antidemocráticos ao redor do mundo. Na visão dos autores a seguir tratados, simbólica, nesse contexto, é a eleição vitoriosa do discurso de Donald Trump à presidência norte-americana, num país que representa o berço da democracia no mundo, talvez detentor do mais forte e atuante governo no planeta. Mas não é apenas Donald Trump que preocupa a literatura do Século XXI sobre a democracia. Ao analisar o espectro dos governos no globo, é notável o declínio dos governos democráticos e a ascensão de governos autoritários” (in ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1447).

Estado, intervenções militares e movimentos revolucionários que, de forma manifesta, colapsaram regimes políticos democráticos constitucionais para inaugurar regimes políticos autocráticos – realidade bem conhecida na América Latina e no Brasil –, no novo contexto, prevalece uma conjuntura de “erosão democrática”, na qual os regimes democráticos constitucionais não mais são abatidos abruptamente – em um autêntico “colapso” –, mas têm seus elementos paulatinamente enfraquecidos, muitas vezes por agentes eleitos pelas próprias vias democráticas.

Nestes casos de “erosão democrática”, em que se debilitam os elementos que formam o regime político democrático pela percepção simplista de democracia como mera vontade majoritária, há utilização autocrática do Direito, por meio do chamado “legalismo autocrático”, para que a democracia seja pouco a pouco hibridizada, com a Constituição deixando de representar um pacto de convivência plural para se converter em instrumento falsamente legitimador e justificador de impulsos majoritários que minam os elementos da democracia, inclusive os direitos fundamentais das minorias. Subverte-se a democracia constitucional, de forma notadamente menos explícita do que ocorria no passado, gerando menor resistência e oposição.

É interesse da presente empreitada acadêmica investigar a erosão democrática e o papel do Direito e da jurisdição constitucional em sua contraposição, uma vez que tais processos erosivos, como se demonstrará, tornaram-se os principais e mais comuns instrumentos para ameaça das democracias constitucionais contemporâneas. Importa antes, porém, tecer breves notas acerca dos colapsos autocráticos, sobre suas consequências, e, com maior destaque, sobre o papel do Direito quando de sua ocorrência.

3.1 Colapsos autocráticos

A história demonstra que regimes políticos democráticos constitucionais podem colapsar abruptamente, por meio do que se convencionou denominar golpe de Estado, momento que consiste na tomada ilegítima do poder político – isto é, de forma estranha aos mecanismos

para seu acesso e obtenção previstos constitucionalmente – por um determinado agente ou grupo.⁹⁸ Assistiu-se a diversos momentos em que regimes políticos democráticos constitucionais foram subitamente interrompidos por movimentos revolucionários ou militares, utilizadores da força e incógnitos ao Direito posto, que promoveram uma quebra institucional facilmente identificável, com repentina supressão dos elementos formadores da democracia constitucional, inaugurando-se um novo regime político autocrático.

A história republicana brasileira nos oferece exemplos destes golpes de Estado, sendo marcada por dois colapsos autocráticos subversores de regimes democráticos constitucionais que os antecederam. Trata-se do autogolpe promovido por Getúlio Vargas em 1937 e da inauguração da Ditadura Civil-Militar pelas Forças Armadas Brasileiras em 1964.

O primeiro deles, um autogolpe promovido por agente incumbente – que havia em um primeiro momento sido democraticamente eleito –, ocorreu com a outorga da Constituição de 1937 por Getúlio Vargas, inaugurando-se o período que ficou conhecido como Estado Novo, marcado por intensa centralização política e pela supressão do exercício de direitos fundamentais, especialmente por parte dos opositores do governo varguista. Ingo Wolfgang Sarlet apresenta o contexto em que a *Polaca* – instrumento jurídico autocrático do qual se serviu Vargas – foi outorgada:

A década de 1930 havia iniciado de modo agitado, já com as Revoluções de 1930 e 1932, que resultaram na Constituição de 1934. Todavia, as turbulências seguiram e, como já destacado no item anterior, não asseguraram suficiente estabilidade político-institucional para a afirmação da nova ordem constitucional. O fato é que também no Brasil se faziam sentir, de modo intenso, as agitações ideológicas, de perfil extremista, que vicejavam na Europa, notadamente as diversas correntes do fascismo (até mesmo o nacional-socialismo, embora de forma mais tímida, alcançou o Brasil) e do socialismo e comunismo, tudo potencializado pela crise da economia mundial, especialmente em função das consequências desastrosas da crise de 1929. Com efeito, foi neste período que, sob a liderança de Plínio Salgado, surgiu a Ação Integralista Brasileira, de inspiração fascista, assim como foi nesta época que ocorreu a reorganização do Partido Comunista no Brasil, sob o comando de Luís Carlos Prestes, sujeito, de resto, à disciplina estrita do Comitê Central Soviético, culminando com o malogro da chamada “Intentona Comunista”, de 1935. Tal cenário, de certo modo, facilitou sobremaneira as coisas para que Getúlio Vargas, mediante argumentos de manutenção da ordem, dissolvesse a Câmara e o Senado, outorgando a Constituição de 10.11.1937. Mediante a

⁹⁸ LUTTWAK, Edward. *Coup d’État: a practical handbook*. Revised Edition. Mass: Harvard University Press, 2016.

imposição de um novo texto constitucional, destituído de qualquer legitimação democrática, apenas foi assegurada uma roupagem “constitucional” para a ditadura do Estado Novo. O perfil profundamente autoritário e controlador, especialmente em relação à dissidência política, aos meios de comunicação e às organizações sindicais, foi assegurado, entre outros aspectos, por meio da implementação da polícia política, com seus órgãos institucionais, como o Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP), o Tribunal de Segurança Nacional, a Delegacia Especial de Segurança Pública e Social (DESPS) e o Departamento de Ordem Política e Social (DOPS), articulados com a finalidade de perseguição política e de uniformizar as massas, mediante a doutrina ideológica do regime.⁹⁹

Com o autogolpe promovido por Vargas, o regime político democrático constitucional inaugurado pela Constituição de 1934 foi substituído por um regime político incontestavelmente autocrático, no qual foi suprimida a separação de Poderes, deixaram de se realizar eleições livres e competitivas, e foi obstruído o livre exercício de direitos fundamentais, inclusive com a prisão de diversos opositores políticos, ao arripio do texto constitucional anteriormente vigente.

O completo afastamento do regime político instaurado por Vargas em 1937 do regime democrático constitucional que o antecedeu fica evidente pelo protesto promovido por João Mangabeira após sua prisão por autoridades incompetentes, notadamente quando se recusou a prestar declarações e responder a auto de qualificação, por não reconhecer na polícia prerrogativas para inquirir um congressista vis-à-vis a Constituição até então vigente:

Não me tendo encontrado, até agora, senão com os agentes subalternos, que, visivelmente constringidos, e com a máxima cortesia possível em casos tais, executaram o crime, que outros lhe haviam mandado perpetrar, aproveite este momento para protestar contra a violência feita à letra expressa da Constituição e contra o desrespeito e a diminuição infligidos à Câmara dos Deputados, de que tenho a honra de ser membro. É que, Deputado Federal, ainda em caso de guerra contra o estrangeiro, e do território nacional por ele invadido, eu não poderia ser preso, nem processado, sem licença da Câmara, ou da Seção Permanente, em sua ausência, salvo flagrante de crime inafiançável.¹⁰⁰

⁹⁹ SARLET, Ingo W.; MITIDIERO; DANIEL; MARINONI, Luiz G. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 110-111.

¹⁰⁰ MANGABEIRA, João, BARBOSA, Francisco de. **Idéias políticas de João Mangabeira**. Rio de Janeiro: Senado Federal; Fundação Casa de Rui Barbosa, 1980. p. 79-80.

O outro exemplo de colapso autocrático havido no Brasil ocorreu com o início da Ditadura Civil-Militar, em 1964, oportunidade em que editado, pelo Comando Supremo da Revolução – representado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica –, o Ato Institucional n.º 1,¹⁰¹ por meio do qual, taxativamente, previu-se a inauguração do Poder Constituinte Originário como decorrência do êxito militar no que se autodenominou “revolução”,¹⁰² alterando-se substancialmente o regime constitucional anterior, ainda que a Constituição de 1946 tenha sido formalmente resguardada. Anos depois, em 1968, tal “poder constituinte originário revolucionário” voltou a se manifestar quando da edição do Ato

¹⁰¹ Ato Institucional n.º 1, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm. Acesso em: 11 dez. 2022.

¹⁰² Segundo se lê no Ato Institucional n.º 1: “É indispensável fixar o conceito do movimento civil e militar que acaba de abrir ao Brasil uma nova perspectiva sobre o seu futuro. O que houve e continuará a haver neste momento, não só no espírito e no comportamento das classes armadas, como na opinião pública nacional, é uma autêntica revolução. A revolução se distingue de outros movimentos armados pelo fato de que nela se traduz, não o interesse e a vontade de um grupo, mas o interesse e a vontade da Nação. A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular. O Ato Institucional que é hoje editado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, em nome da revolução que se tornou vitoriosa com o apoio da Nação na sua quase totalidade, se destina a assegurar ao novo governo a ser instituído, os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direto e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa Pátria. A revolução vitoriosa necessita de se institucionalizar e se apressa pela sua institucionalização a limitar os plenos poderes de que efetivamente dispõe. O presente Ato institucional só poderia ser editado pela revolução vitoriosa, representada pelos Comandos em Chefe das três Armas que respondem, no momento, pela realização dos objetivos revolucionários, cuja frustração estão decididas a impedir. Os processos constitucionais não funcionaram para destituir o governo, que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País. Destituído pela revolução, só a esta cabe ditar as normas e os processos de constituição do novo governo e atribuir-lhe os poderes ou os instrumentos jurídicos que lhe assegurem o exercício do Poder no exclusivo interesse do País. Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República, a fim de que este possa cumprir a missão de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo como nas suas dependências administrativas. Para reduzir ainda mais os plenos poderes de que se acha investida a revolução vitoriosa, resolvemos, igualmente, manter o Congresso Nacional, com as reservas relativas aos seus poderes, constantes do presente Ato Institucional. Fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções, a sua legitimação. Em nome da revolução vitoriosa, e no intuito de consolidar a sua vitória, de maneira a assegurar a realização dos seus objetivos e garantir ao País um governo capaz de atender aos anseios do povo brasileiro, o Comando Supremo da Revolução, representado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica resolve editar o seguinte Ato Institucional.”.

Institucional n.º 5,¹⁰³ desta vez sendo totalmente suprimidos os elementos que compunham o regime democrático constitucional antecedente, como ensina Luís Roberto Barroso:

O movimento militar deflagrado em 31 de março de 1964, que derrubou o presidente João Goulart, tinha o compromisso declarado de manter as eleições presidenciais do ano seguinte. Não o cumpriu. Após seguidas cassações de direitos políticos, inclusive os de Juscelino Kubitschek, candidato favorito no pleito que não houve, atos institucionais dissolveram os partidos políticos e prorrogaram o mandato do Marechal Castelo Branco, primeiro Presidente do regime militar. Em 1967, sob a imposição de prazos fatais e grande pressão do Poder Executivo, foi aprovada uma nova Constituição, votada por um Congresso privado de suas principais lideranças, cujos direitos políticos haviam sido compulsoriamente retirados. A Constituição de 1967 não resistiu à ascensão da linha dura nas Forças Armadas e ao curso ditatorial inexorável, cuja força se impôs sobre a resistência democrática esboçada em diferentes capitais. No Brasil, 1968 foi o ano do embate ideológico entre a ditadura e as forças que defendiam a volta à legalidade. Venceu a ditadura, com data certa: em 13 de dezembro de 1968 foi baixado o Ato Institucional n. 5, que dava poderes praticamente absolutos ao Presidente da República. O Marechal Artur da Costa e Silva, que assumira a presidência da República em 15 de março de 1967, afastou-se por motivo de doença em 31 de agosto de 1969, morrendo meses depois. Em golpe dentro do golpe, o poder foi arrebatado por uma Junta Militar, que impediu a posse do Vice-Presidente Pedro Aleixo e outorgou a Constituição de 1969. Após acirrada disputa interna entre os militares, o General Emílio Garrastazu Médici foi indicado Presidente da República, cargo que exerceu de 30 de outubro de 1969 até 15 de março de 1974. Seu período de governo ficou conhecido pela designação sugestiva de anos de chumbo. A censura à imprensa e às artes, a proscricção da atividade política e a violenta perseguição aos opositores do regime criaram o ambiente de desesperança no qual vicejou a reação armada à ditadura, manifestada na guerrilha urbana e rural. A tortura generalizada de presos políticos imprimiu na história brasileira uma mancha moral indelével e perene.¹⁰⁴

Tais ocorridos na história brasileira são, em nosso juízo, autênticos exemplos de colapsos autocráticos, quando a imposição da vontade política por um determinado agente ou grupo ocorre mediante o uso da força e/ou baseada em êxito revolucionário, provocando ruptura identificável do regime democrático constitucional anteriormente vigente. Trata-se, com efeito, de conjuntura em que é exercido o Poder Constituinte Originário, em sua plenitude, como fenômeno *inicial, incondicionado e ilimitado*.

¹⁰³ Ato Institucional n.º 5, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm. Acesso em: 11. dez. 2022.

¹⁰⁴ BARROSO, Luís R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 137.

3.1.1 *O papel do Direito diante de um colapso autocrático*

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Junior, conquanto atribuíam a titularidade do poder constituinte ao povo, esclarecem que seu exercício pode perfeitamente se afastar de origem ou controle democrático, decorrendo de revolução abrupta capitaneada por grupos específicos, e não da escolha livremente manifestada pela maioria dos cidadãos. Segundo os autores

[...] a definição da titularidade do Poder Constituinte não está livre de controvérsias. Entretanto, acompanhando Pedro de Vega García (1995), quando se admite o princípio democrático da soberania popular não se tem dúvidas de que a titularidade do Poder Constituinte pertence ao povo.

Em que pese o acerto de tal afirmação, convém notar que, embora a titularidade do Poder Constituinte pertença ao povo, o seu exercício pode, muitas vezes, afastar-se do controle democrático. Por isso, costuma-se distinguir duas formas de exercício do Poder Constituinte: a) a revolução, caso em que o grupo revolucionário, que se tornou hegemônico, edita uma Constituição; e b) a Assembleia Constituinte, que, ainda, pode tomar o cuidado de submeter à vontade popular direta (plebiscito e referendun) as suas conclusões.¹⁰⁵

Nos casos em que ocorre uma ruptura súbita do regime constitucional em função de revolução ou movimento alheios a controle democrático, institui-se o que Vanossi¹⁰⁶ convencionou denominar Poder Constituinte Revolucionário, o qual, sem estar necessariamente vinculado à vontade majoritária, inaugura uma nova ordem jurídico-constitucional, mesmo que partes do ordenamento anterior possam ser preservadas. Ingo Wolfgang Sarlet esclarece como ocorre a inauguração do que também denomina Poder Constituinte Revolucionário:

O vínculo entre a revolução e o poder constituinte consiste precisamente no fato de que, quando se manifesta a revolução, o poder constituinte – cuja atuação permanece sustada (como se estivesse num estágio de hibernação) enquanto os poderes constituídos funcionam regularmente – volta a operar até a entrada em vigor de uma nova constituição que venha a substituir a ordem jurídico-constitucional anterior. Por tal razão, o assim chamado ciclo revolucionário se caracteriza por duas etapas, nomeadamente, uma fase na qual se dá a ruptura com a ordem anterior, de maneira

¹⁰⁵ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Manole, 2021. p. 20.

¹⁰⁶ VANOSSE, Jorge Reinaldo. Uma visão atualizada do poder constituinte. **Revista de Direito Constitucional e Ciência Política**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 11–25, jul. 1983. p. 11.

abrupta ou gradual, e um segundo momento, por ocasião do qual é instaurada, mediante a promulgação de uma nova constituição, uma nova ordem jurídica.

Importa agregar, para melhor explicitação de como se processa, no seu conjunto, o ciclo revolucionário, no qual atua o assim chamado poder constituinte revolucionário, que ambas as etapas podem ocorrer de modo bastante diferenciado, não seguindo um padrão uniforme. Com efeito, basta recorrer à experiência brasileira, para constatar que, em 1937, o golpe do Estado Novo, acompanhado pela outorga de uma nova Constituição, praticamente substituiu de um momento para outro a ordem jurídica anterior. O mesmo não ocorreu em 1964, visto que, embora iniciada a ruptura, o poder constituinte revolucionário, mediante a produção de atos normativos do comando revolucionário (os conhecidos atos institucionais, entre outros), acabou apenas revogando em parte a então vigente Constituição de 1946, que seguiu vigorando em grande medida, até sua completa substituição em 1967.¹⁰⁷

Por seu turno, em uma perspectiva interessante à ciência do Direito, Manoel Gonçalves Ferreira Filho,¹⁰⁸ servindo-se das lições de Hans Kelsen em sua Teoria Pura do Direito, oferece-nos um conceito jurídico de “revolução”, classificando-a como peculiar a toda e qualquer manifestação do Poder Constituinte Originário, o qual, destarte, seria revolucionário por sua própria natureza. Para o autor,

[...] na caracterização jurídica, revolução é, em última análise, uma quebra de continuidade no desenvolvimento da ordem jurídica. Não é a mudança da ordem jurídica pelos canais por ela previstos a fim de adaptar-se a circunstâncias novas; e, sim, a modificação anormal da ordem jurídica; a alteração contra a normalidade por ela própria prevista.¹⁰⁹

Segundo este prisma de análise, toda e qualquer manifestação do Poder Constituinte Originário que inaugure uma nova ordem constitucional – esteja ela submetida ou não a controle democrático –, ao afastar-se dos canais de mudança normativa previstos pelo texto constitucional anterior, será considerada revolucionária. Em outras palavras, o Poder Constituinte Originário é sempre revolucionário, por comportar a alteração do ordenamento jurídico-constitucional vigente, de forma diversa àquela constitucionalmente prevista.

Independentemente de se compreender que existe um Poder Constituinte Originário Revolucionário como subespécie do Poder Constituinte Originário, ou de se conceber o Poder

¹⁰⁷ SARLET, Ingo W.; MITIDIERO; DANIEL; MARINONI, Luiz G. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 50-51.

¹⁰⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁰⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 58.

Constituinte Originário sempre como revolucionário, por sua própria natureza jurídica, fato é que seu exercício fica evidente quando dos colapsos autocráticos, decorrentes de impulso político inaugurador de uma nova ordem jurídico-constitucional o qual possui as bem conhecidas características intrínsecas ao Poder Constituinte Originário, sendo *inicial*, *ilimitado* e *incondicionado*. Nas lições de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

O poder constituinte originário apresenta três caracteres fundamentais. É ele *inicial* porque não se funda noutra, mas é dele que derivam os demais poderes. O seu segundo traço característico é diversamente designado conforme a corrente doutrinária. Todas as correntes estão de acordo em reconhecer que ele é ilimitado em face do direito positivo (no caso, a Constituição vigente até sua manifestação). A esse caráter os positivistas designam soberano, dentro da concepção de que, não sendo limitado pelo direito positivo, o poder constituinte não sofre qualquer limitação de direito, visto que para essa escola o direito somente é direito quando positivo. Os adeptos do jusnaturalismo o chamam de autônomo, para sublinhar que, não limitado pelo direito positivo, o poder constituinte deve sujeitar-se ao direito natural. Enfim, é ele *incondicionado* no sentido de que não tem fórmula prefixada nem forma estabelecida para a sua manifestação. Sem embargo disto, observe-se que frequentemente as Assembleias Constituintes são limitadas pela predefinição de determinados pontos substanciais (p. ex., a República e a Federação na Constituinte brasileira de 1890) e condicionadas pela prefixação de certas regras de deliberação. Isto não desmente que o poder constituinte seja sempre autônomo e incondicionado, visto que essas Constituintes são precedidas por atos do poder constituinte, estes sim iniciais, autônomos e incondicionados, que investem na Assembleia o papel de seu agente. E, por isso, podem fixar-lhe um estatuto, uma verdadeira pré-Constituição (p. ex., o Dec. nº 1, de 15/11/1889).¹¹⁰

Decerto, essas três características do Poder Constituinte Originário, em nosso sentir e conforme uma perspectiva positivista, fazem com que os colapsos autocráticos – que nada mais são do que sua externalização fundada em ideologias ou doutrinas não democráticas – constituam fenômenos absolutamente autossuficientes e totalmente desassociados da ordem constitucional anterior. Deste modo, após êxito revolucionário, há inauguração de uma nova ordem constitucional que, por sua própria natureza, não encontra quaisquer limitações no Direito posto.

Consequentemente, nos casos em que ocorridos colapsos autocráticos, parece-nos que o Direito não possui uma aptidão combativa dotada de séria efetividade, não se podendo esperar que ele sirva como instrumento para reverter processos de ruptura democrática abrupta que já

¹¹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 54.

estejam iniciados. Em tais casos, sentimos, está-se diante de êxito fundado na força e na prevalência política que não encontra ou demanda justificativas jurídicas,¹¹¹ e que, assim, não está em nenhuma medida condicionado ou limitado por regras pretéritas. Quer dizer, iniciados os colapsos autocráticos, o Poder Constituinte Originário é exercido de maneira inicial, ilimitada e incondicionada, independente ao Direito pré-existente, e seu caráter soberano torna inviável que as normas jurídicas a ele se contraponham e o revertam de maneira efetiva.

Por evidente, podem-se cogitar mecanismos e instrumentos jurídicos a serem introjetados em um determinado ordenamento constitucional a fim de que a ocorrência de colapsos autocráticos se torne menos provável, endereçando temas como, por exemplo, a politização das Forças Armadas – a “tentação militar”¹¹² alcunhada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que conduziu a um sem-número de colapsos autocráticos ao redor do mundo, e principalmente na América Latina –, assim como se estipulando sanções para aqueles que falhem em tentativas de colapsar a democracia constitucional, buscando dissuadi-los de tal propósito.

Primeiramente, parece-nos que a modelagem e a engenharia institucionais ganham importância como formas de prevenção à ocorrência de colapsos autocráticos, notadamente quando viabilizam a convivência entre correntes políticas distintas sem a criação de incentivos perversos ao golpismo e à revolução. Por certo, a adoção de modelos institucionais guarnecidos de instrumentos pacíficos e consensuais de responsabilização política, que desincentivem o uso

¹¹¹ Como anota Manoel Gonçalves Ferreira Filho, servindo-se das lições de Jean Baechler, o tipo de fenômeno revolucionário que inaugura o Poder Constituinte Originário “é aquele em que a contestação usa dos meios adequados para a conquista do poder e chega exatamente a ele. Esta é a revolução que, na opinião de Baechler, merece o nome; é um movimento social que triunfa, chegando ao poder, contra o poder estabelecido. E é claro que esse êxito, esse triunfo, importa, sempre, mais ou menos, no uso da força” (in FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 59).

¹¹² Segundo o autor, “[...] essa tentação é servir-se da força para pôr termo à agitação. Esse emprego da força, como é óbvio, pode ter dois sentidos e opostos: pode ter cunho conversador e, mantendo a ordem, resguardar o *status quo*; pode ter cunho revolucionário e substituir a ordem abalada por uma nova ordem de caráter progressista. Os exemplos de intervenção militar com este ou aquele sentido são muitos e patentes; ambos envolvem a politização das Forças Armadas. Ora, a politização das Forças Armadas é sempre perigosa porque os militares são homens e, portanto, sofrem dos defeitos humanos. Transformadas em partidos, evidentemente as Forças Armadas falseiam o jogo democrático porque não podem perder, ou melhor, não perdem nunca. Divididas em facções, a desordem que geram é a pior possível, uma vez que não há bombeiros para apagar o fogo que bombeiros atearam e atizam [...]” (in FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 271).

da força e do poder revolucionário para a superação de crises e dissensos, tende a impedir que ocorra um colapso do sistema democrático.

Bruce Ackerman ensina sobre a importância de se escolher um *design* institucional adequado e que viabilize e fomente um bom funcionamento da democracia, problematizando a adoção de sistemas *madisonianos* de separação de Poderes em países outros que não os Estados Unidos da América:

Algumas sociedades estão tão divididas que seria tolice buscar a salvação por meio da engenharia constitucional. Em todo caso, a engenharia constitucional deve ser combinada com sensibilidade cultural e realismo econômico. Não suponho, por exemplo, que meus argumentos devam levar os norte-americanos a abandonar seu compromisso histórico com a separação de Poderes entre Câmara, Senado e Presidente. Embora a história americana esteja repleta tanto das patologias do impasse quanto da autoridade total, essa separação agora se tornou uma segunda natureza para nós. Seria extremamente difícil trocar o modelo atual por um novo - embora quem pode dizer que tipos de reavaliação agonizante nos serão forçadas durante o próximo século americano? Por enquanto, é mais importante reconhecer que os Estados Unidos da América realmente são exceção em sua experiência relativamente benigna com suas formas de separação [entre os Poderes]. Apesar de nossa atual hegemonia militar e cultural, devemos ser muito relutantes em considerar o sistema americano um ideal para aspirantes a democracias em todo o mundo. No entanto, é exatamente o que parece estar acontecendo.¹¹³

Como adverte o constitucionalista norte-americano, o esquema *madisoniano* de separação de Poderes, com sistema de governo presidencialista, dotado de um Poder Legislativo bicameral e em que há um amplo sistema de *judicial review* – um modelo de engenharia institucional tendente a gerar impasses e paralisia nas funções estatais¹¹⁴ – certamente se mostra compatível com um Estado liberal (como o norte-americano), em que se espera a autocontenção por parte do poder público, com *gridlocks* sendo da essência do modelo governativo. Entretanto, a sua reprodução acrítica em países latino-americanos e no Brasil, destacada por Elival da Silva

¹¹³ ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 113, n. 3, p. 633-729, 2000. Tradução nossa.

¹¹⁴ Conforme apontam Levitsky e Ziblatt, “[...] normas de reserva institucional são especialmente importantes em democracias presidencialistas. Como sustenta Juan Linz, governos divididos podem facilmente levar a impasses, disfunções e crises constitucionais. Presidentes sem comedimento ou controle podem aparelhar a Suprema Corte, alterando sua composição, ou contornar o Congresso, governando por decretos. E congressos sem comedimento podem bloquear todos os movimentos do presidente, ameaçando lançar o país no caos ao se recusarem a financiar o governo ou a votarem pelo afastamento do presidente com base em motivos dúbios”. (in LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. São Paulo: Zahar, 2018. p. 109.)

Ramos,¹¹⁵ mostrou-se historicamente muito prejudicial à democracia constitucional no sul do continente americano,¹¹⁶ por dificultar o pleno desenvolvimento de um modelo econômico majoritariamente social-democrata – no qual a intervenção estatal se propõe ser mais intensa – e por não ser dotado de mecanismos de responsabilização política que permitam a substituição pacífica e não traumática da Chefia de Governo em caso de perda de suporte político, sem a concomitante derrubada da Chefia de Estado.

Na América Latina, pondera-se, modelos governativos desejosos pela geração de impasses conduziram, no passado, a um sem-número de colapsos autocráticos e, mais recentemente, a um elevado número de *impeachments*, muitos dos quais com legalidade e legitimidade questionáveis e questionadas, gerando renitentes crises governativas que, por certo, abalam a democracia constitucional local.¹¹⁷ Os incentivos aos impasses que o modelo presidencialista madisoniano gera por certo reverteram-se em colapsos autocráticos no continente latino-americano, os chamados “pesadelos Lizianos”, citados por Ackerman:

Dentro dessa estrutura governativa [de separação entre governo e parlamento], muitas coisas são possíveis, e o sistema norte-americano atual é um caso muito especial e especialmente complicado. Considere um sistema simples de dois poderes legislativos (*lawmaking*) – os vou chamar de Câmara e Presidente – cada um eleito para um mandato de quatro anos, em intervalos de dois anos. Mesmo dentro desse modelo simplificado, vários fenômenos que não encontram paralelo com sistemas em que os Poderes não estão separados podem surgir:

(a) Impasse. - O mais óbvio é o problema do impasse: a Câmara e o Presidente podem ser dominados por partidos diferentes (ou facções diferentes do mesmo partido). Como governar até a próxima eleição?

Existem três cenários. O primeiro enfatiza a acomodação. Os titulares rivais não querem parecer pirralhos mimados diante dos eleitores. Em vez disso, eles se envolverão em uma ou outra combinação de racionalização e barganha, que pode resultar em um conjunto atraente de resultados - na verdade, mais atraente para mais cidadãos do que qualquer conjunto que teria sido alcançado no sistema “vencedor leva tudo” de Westminster. Chamemos isso de “*esperança madisoniana*”

¹¹⁵ RAMOS, Elival da Silva. Direito constitucional comparado e crise institucional brasileira. In. MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; LOULA, Maria Rosa (coord.). **Direito Internacional e comparado: trajetória e perspectiva: homenagem aos 70 anos do Professor catedrático Rui Manuel Moura Ramos**. São Paulo: Quartier Latin, 2021. v. 2.

¹¹⁶ LINZ, Juan; VALENZUELA, Arturo. **The failure of presidential democracy: comparative perspectives**. Baltimore: John Hopkins University Press, 1994. v. 1.

¹¹⁷ MAFEI, Rafael. **Como remover um presidente: teoria, história e prática do impeachment no Brasil**. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

O segundo cenário é o colapso constitucional. No esforço de destruir seu concorrente, um ou outro Poder agride o sistema constitucional e se coloca como legislador único, com ou sem a graça redentora de um plebiscito solidário. Chamo esse colapso de “*pesadelo Linziano*” em uma homenagem irônica ao meu amigo e colega Juan Linz. Um dos principais estudiosos comparativos, Linz argumenta que a separação de Poderes tem sido uma das exportações mais perigosas dos Estados Unidos da América, especialmente ao sul da fronteira. Gerações de liberais latino-americanos tomaram o ditame de Montesquieu, junto com o exemplo dos Estados Unidos América, como uma inspiração para criar governos constitucionais que dividem o Poder Legislativo entre Presidentes e congressistas eleitos – terminando por assistir a suas Constituições explodidas por Presidentes frustrados que dissolvem Congressos intransigentes e se instalam como caudilhos com o auxílio dos militares e/ou plebiscitos extraconstitucionais. Do ponto de vista comparativo, os resultados são bastante impressionantes. Existem cerca de trinta países, principalmente na América Latina, que adotaram sistemas de estilo americano. Todos eles, sem exceção, sucumbiram ao *Pesadelo Linziano* em um momento ou outro, muitas vezes repetidamente.

É possível, claro, evitar o *pesadelo Linziano* sem redimir a esperança Madisoniana. Em vez de guerra total, o Presidente e a Casa Legislativa podem meramente satisfazer o gosto por calúnias sem fim, recriminação mútua e impasse partidário. Pior ainda, os Poderes em disputa podem usar as ferramentas constitucionais à sua disposição para tornar a vida dos outros muito difícil: a Câmara hostilizará o Executivo e o Presidente se envolverá em ação unilateral sempre que puder escapar impune. Chamo esse cenário de “crise de governabilidade”.¹¹⁸

Outrossim, sobre o papel preventivo que o Direito tem para dissuadir a ocorrência de colapsos autocráticos por meio da punição de suas tentativas frustradas, a Constituição Federal de 1988 previu taxativamente que constitui crime inafiançável a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.¹¹⁹ Também, o ordenamento jurídico brasileiro tem, na recentemente aprovada Lei n.º 14.197, de 1º de setembro de 2021 – que acrescenta o Título XII na Parte Especial do Código Penal, destinado a combater os chamados “crimes contra o Estado Democrático de Direito” – um instrumento jurídico talhado para demover a prática de condutas que visem a abolir o Estado Democrático de Direito, servindo como uma ferramenta de prevenção geral e punitiva contra tentativas de colapso autocrático, contanto não exitosas.

Destarte, o Direito detém um papel relevante na prevenção aos colapsos autocráticos, servindo para organização do poder político de maneira que se faça menos propensa a revolução

¹¹⁸ ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 113, n. 3, p. 633-729, 2000. Tradução nossa.

¹¹⁹ Constituição Federal, artigo 5º, XLIV.

e o golpismo, assim como incorporando normas punitivas que, em exercício de prevenção geral, despersuadam a ocorrência destes colapsos.

Contudo, diferentemente do que ocorre em algumas hipóteses de erosão democrática – aquelas promovidas por meio de emendas constitucionais e mudanças da legislação infraconstitucional, como se demonstrará a seguir – não se pode esperar, em nosso sentir, que o Direito posto reverta um colapso autocrático que esteja em curso ou já tenha se concretizado. Repetimos, quando se está diante destes processos abruptos de colapso da democracia constitucional, não há primazia do Direito, ocorrendo externalização plena e incondicionada do Poder Constituinte Originário, não se podendo defender a proteção democrática posterior fundada em normas jurídicas pré-existentes.

3.1.2 Obsolescência dos colapsos autocráticos

Ainda que os colapsos autocráticos tenham sido comuns em certo momento histórico, no contexto contemporâneo, estudiosos vêm constatando que eles estão se tornando cada vez mais raros, sendo substituídos por instrumentos menos contundentes de subversão de regimes democráticos constitucionais, privilegiando-se um processo que denominaremos “erosão democrática”. Em tais casos, não se coloca um fim claro e manifesto ao regime democrático constitucional, a um único golpe facilmente perceptível, mas sim sutilmente, enfraquecendo-se os elementos que o compõem.

David Landau, ao estudar o que denominou constitucionalismo abusivo – técnica legalista autocrática sobre a qual trataremos mais adiante – e investigar como novos grupos de viés autocrático vêm se utilizando de mecanismos mais sutis para erodir a democracia constitucional, diagnostica que

[...] o número de golpes de Estado vem se reduzindo drasticamente desde seu auge nos anos 60. O fim da Guerra Fria reduziu a tolerância de Estados poderosos a regimes flagrantemente não democráticos, ao mesmo passo em que alterou as normas de cultura no nível internacional no sentido do reconhecimento da importância da democracia. O envolvimento militar se tornou cada vez menos bem visto, especialmente em regiões

como a América Latina, com longos históricos de tal envolvimento. Ademais, como apontado na Parte III, muitas regiões adotaram as chamadas “cláusulas democráticas”, punindo Estados nos quais se derrube o regime democrático em flagrante violação às normas constitucionais. Isso aproximou os aspirantes a autocratas de métodos mais constitucionalizados de mudança. Outrossim, muitos dos golpes que ocorreram recentemente se mostraram claramente menos antidemocráticos do que os tradicionais golpes militares. Pesquisas empíricas apontam que enquanto os golpes da era da Guerra Fria tendiam a conduzir a longas ditaduras militares, os golpes mais recentes tendem a conduzir a uma rápida restauração do governo civil.¹²⁰

Ginsburg & Huq (2018), ao tratarem sobre o que alcunharam “*authoritarian colapses*” (para nós, colapsos autocráticos), aderem ao diagnóstico de Landau, ponderando que

[...] é importante reafirmar e relevar um dos principais achados de uma série de estudos empíricos sobre colapsos democráticos: seu número vem diminuindo. O uso de poderes de emergência para alterar a natureza do regime democrático não é mais comum, e a frequência de golpes militares vem se reduzindo com o tempo. Isso não significa que o problema do colapso autoritário deva ser tratado como meramente histórico. Porém, considerado o quadro de recessão democrática que apresentamos no Capítulo 1, temos uma implicação sugestiva: o golpe e o exercício de poderes emergenciais são instrumentos do passado para contraposição à democracia – com a exceção de locais como a Tailândia, em que há um hábito e uma certa expectativa na ocorrência de golpes. [...]

Avanços tecnológicos e institucionais que incrementaram o poder e o alcance do Estado fazem com que revoluções sejam mais raras do que seriam, digamos, em 1848, e até em 1979. Na medida em que um ator político deseje derrubar a democracia atualmente, há mais de um caminho disponível. E quando uma trajetória tem custos menores, outros caminhos serão menos atraentes. Ou seja, um caminho mais fácil torna o caminho difícil menos desejável. Essa dinâmica pode estar em funcionamento dado o declínio na frequência dos colapsos autoritários. E assim, há maiores razões para focarmos e nos preocupar com as alternativas de menor custo comparadas com o colapso autoritário, que detalharemos no próximo Capítulo – a erosão democrática.¹²¹

Comparando distintos *rankings* de performance democrática mantidos por instituições como a *Freedom House* e *Polity Project*, os citados autores norte-americanos identificam que os colapsos autocráticos vêm realmente se tornando cada vez mais escassos vis-à-vis os casos de erosão democrática, pelo que afirmam que as tecnologias para deterioração da democracia perceptivelmente se alteraram:

¹²⁰ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *U.C. Davis Law Review*, [United States], v. 47, n. 1, p. 189-26047, Nov. 2013. Tradução nossa.

¹²¹ GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago: The University of Chicago Press, 2018. p. 66-67, tradução nossa.

Enquanto as ondas autoritárias anteriores na África e na América Latina tomavam a forma de golpes militares ou movimentos socialistas revolucionários, a atual onda de autoritarismo é estratégica e sofisticada no uso de formas democráticas. As sociedades resultantes são supostamente governadas sob uma Constituição democrática e de acordo com os ditames da lei. Mas os governantes manipulam a lei para refletir seus interesses próprios, prejudicando a substância da democracia constitucional, mesmo que sem perder sua forma.

[...]

A erosão pode ser mais bem compreendida como uma substituta parcial para o colapso autoritário. A erosão incremental das instituições e premissas da democracia liberal usualmente produz formas de poder estatal concentrado imunes à supervisão democrática. O grau de concentração ou imunidade de controle democrático, assim, pode ser menor do que aquele possível em caso de golpe de Estado ou declaração de emergência. Em perspectiva, a erosão democrática parece ser um caminho mais atraente para afastamento da democracia porque atrai menor resistência. Em resumo, é mais fácil de observar e avaliar uma única ruptura das práticas democráticas do que é observar e avaliar os efeitos agregados de muitos golpes nas normas liberais, democráticas e constitucionais.¹²²

Decerto, em um mundo globalizado, no qual a “cultura democrática” tornou-se preponderante em países que detém maior influência econômica e cultural (com destaque para os Estados Unidos da América e para os países do Oeste Europeu), os colapsos autocráticos, por serem facilmente identificáveis, trazem ao autocrata consequências imediatas e severas nas esferas econômica, geopolítica e social, tornando-se, dessarte, mecanismos ineficientes e custosos e, conseqüentemente, menos utilizados para regressão do regime democrático constitucional.

Outrossim, a informação no mundo contemporâneo tende a circular de forma mais rápida, aberta e plural, especialmente por meio da *Internet*. Dessa forma, tornou-se mais difícil para regimes flagrantemente autocráticos esconder a pressão internacional a qual estão sendo submetidos, assim como ocultar as violações a direitos humanos que usualmente sucedem o colapso da democracia. Empiricamente, por exemplo, pode-se citar a importância que as redes sociais e os novos meios de comunicação tiveram para a inauguração de processos

¹²² GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. **How to Save a Constitutional Democracy**. Chicago: The University of Chicago Press, 2018. p. 75-76, tradução nossa.

revolucionários contrários a regimes autocráticos em muitos países árabes, movimento que ficou conhecido como “Primavera Árabe”.¹²³

Assim, em um novo contexto no qual colapsos autoritários chamam cada vez mais a atenção e são repudiados pela comunidade internacional – ainda majoritariamente democrática – e dão ensejo a maiores consequências econômicas e sociais, agentes e grupos de viés autocrático preferem utilizar-se de estratégias de erosão democrática, que permitem a manutenção de um aparente *véu democrático* por cima de um regime político que, analisado mais detidamente, será percebido como em processo de autocratização. Isto posto, passamos a investigar os processos de erosão democrática, conceituando o “legalismo autocrático” e esclarecendo sobre o papel que o Direito possui nestes contextos.

3.2 Erosão democrática

Como vimos, estudos recentes vêm diagnosticando que na atual conjuntura, em que prevalecem ideais democráticos na maioria dos países – ou, quando menos, naqueles que detêm maior influência econômica e cultural –, e no qual informações trafegam cada vez mais

¹²³ Ver HOWARD, P.; HUSSAIN, M. The upheavals in Egypt and Tunisia: the role of digital media. **Journal of Democracy**, Baltimore, v. 22, no. 3, p. 35-48, July 2011. p. 35-48. Outrossim, Luís Roberto Barroso destaca o papel que a Internet e o desenvolvimento das redes sociais tiveram recentemente, seja para democratização em contextos autocráticos, seja para a criação de ameaças em contextos democráticos: “É impossível não registrar, neste contexto, o impacto da revolução tecnológica ou digital na vida contemporânea, com destaque para o papel desempenhado pelas redes sociais. A internet revolucionou o mundo da comunicação interpessoal e social, ampliou exponencialmente o acesso à informação e ao conhecimento e, além disso, criou um espaço público onde qualquer pessoa pode expressar suas ideias, opiniões e divulgar fatos. Nesse sentido, é impossível exagerar sua importância para a democratização da sociedade em escala global, universalizando bens e utilidades que antes eram privilégio de poucos. No plano político, foi igualmente fundamental para grandes processos históricos – embora não totalmente bem-sucedidos – como a Primavera Árabe. Antes da internet, a publicação de notícias e opiniões dependia, em grande medida, da imprensa profissional. A essas instituições cabia apurar fatos, divulgar notícias e filtrar opiniões de acordo com os critérios da técnica e da ética jornalística. Havia, portanto, um controle editorial mínimo da qualidade e veracidade do que era publicado. Não que não houvesse problemas: o número de veículos de comunicação era limitado, e nem sempre plurais, as empresas jornalísticas tinham interesses próprios e, além disso, nem todas distinguiam com o cuidado necessário, entre fato e opinião. Ainda assim, havia um grau mais refinado de controle sobre o que se tornava público. A internet, com o surgimento de sites, blogs pessoais e, principalmente, das redes sociais, permitiu a ampla divulgação e circulação de ideias, opiniões e informações sem nenhum filtro. A consequência negativa, no entanto, foi que também permitiu a difusão de ignorância, mentiras e ataques à democracia”. (in BARROSO, Luís Roberto. Populism, authoritarianism, and institutional resistance: Constitutional Courts in the game of power. **Texas International Law Journal**, Austin, v. 57, n. 3, p. 259-285, 2022. Tradução nossa.).

livremente – elevando-se o escrutínio da comunidade internacional sobre o que ocorre nos contextos políticos nacionais –, colapsos autocráticos vêm se tornando atípicos, substituídos por outras estratégias de hostilidade à democracia constitucional notadamente menos contundentes e, tão logo, perceptíveis e combatidas.

Trata-se do que denominaremos “erosão democrática”, processo que, como adiantamos, não costuma conduzir a regimes políticos flagrantemente autocráticos – tal qual comumente ocorre nos casos dos colapsos autocráticos –, mas a regimes políticos chamados *híbridos*,¹²⁴ também denominados *democracias limitadas*,¹²⁵ situados na fronteira entre democracia e autocracia.¹²⁶ Para David Landau,

Em contraste a práticas do passado, quando regimes autoritários eram geralmente formados por meio de golpes militares ou práticas inconstitucionais, os aspirantes a autocratas agora possuem incentivos para aparentar que estão atuando segundo as regras do jogo constitucional. Assim, eles cada vez mais vêm se voltando à utilização de ferramentas de alteração e substituição da Constituição como meio para construção de um regime autoritário. Há exemplos recentes na Colômbia, Venezuela e Hungria demonstrando como indivíduos e partidos políticos poderosos podem utilizar ferramentas do próprio constitucionalismo para miná-lo. O resultado provável de tais práticas usualmente não é o autoritarismo declarado, mas um regime híbrido, no qual

¹²⁴ LEVITSKY, S.; WAY, L. **Competitive authoritarianism**: hybrid regimes after the cold war. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

¹²⁵ Carlos Blanco de Moraes trata sobre democracias limitadas, lecionando que “[e]xistem regimes democráticos representativos que incorporam nos seus atributos fundamentais, em regra atinentes ao princípio da separação de poderes, ao sistema de garantias dos direitos de liberdade e aos pressupostos típicos de um ato eleitoral livre e competitivo, restrições suficientemente significativas para que lhes seja reconhecida alguma tipicidade ou hibridismo. Alguns autores designam-nas de ‘democracias defetivas’ ou ‘defeituosas’, ou seja, aqueles regimes em transição que não alcançaram o paradigma de uma democracia liberal, mas que não podem ser reconduzidos aos regimes autoritários na medida em que existem condições mínimas de limitação do poder através da sua separação e um sistema eleitoral que envolve o sufrágio livre. Preferimos o uso abrangente de ‘democracias limitadas’ para traduzir um denominador comum atinente à existência de afetações compreensivas dos atributos medulares de um regime democrático, cuja intensidade não é tão significativa que envolva a depreciação do fundamento nuclear da democracia que é exercício do poder através do consentimento livre e competitivo dos governados, feito na observância do princípio da maioria. Na medida em que os referidos atributos sofrem limites, compreensões ou insuficiências, estas variantes atípicas da democracia representativa envolvem sempre um ‘*quid minus*’ em relação ao modelo competitivo e justificam a sua colocação em subcategorias dentro do catálogo dos regimes democráticos. (in MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político no contexto da erosão da democracia representativa**. Lisboa: Almedina, 2017. p. 170-171.).

¹²⁶ Mark Tushnet (2013) afirma que por algum tempo, os regimes híbridos foram descritos como regimes políticos transicionais, considerada uma premissa de que se tratavam de um ponto intermediário na trajetória de autocracias para uma democracia liberal. Entretanto, mais recentemente, estudiosos passaram a entender que seria mais adequado avaliar tais regimes como uma subespécie distinta (ou várias subespécies distintas), tão estáveis quanto muitas democracias, abandonando-se à compreensão deles como meramente transicionais.

eleições continuam a ocorrer, mas as forças de oposição enfrentam severas dificuldades para buscar uma vitória.

[...]

Esses regimes geralmente satisfazem os atores internacionais na medida em que são suficientemente democráticos para evitar sanções e outras consequências — eleições são realizadas, não constituindo meras farsas, e há suficiente competição eleitoral para que as forças de oposição compitam e ocasionalmente ganhem. Porém, ao mesmo tempo, as cartas são sistematicamente empilhadas contra aqueles que tentam vencer os incumbentes por meio de uma variedade de meios: controle da mídia pelo governo, assédio à oposição política, uso de recursos de patrocínio do Estado para garantir votos e, em alguns poucos casos, fraude eleitoral. Como resultado, os titulares do poder tendem a nele permanecer, e os mecanismos de responsabilização vertical ficam distorcidos. Outrossim, nesses regimes, os atores e as forças políticas dominantes tendem a controlar não apenas os braços do governo, mas também os mecanismos de responsabilização horizontal. Dessa forma, instituições como tribunais, ouvidorias, promotorias e comissões eleitorais tendem a ser controlados pelos incumbentes. Em vez de servir como meios de controle independentes ao poder de governo, essas instituições passam a trabalhar ativamente em nome de seus projetos políticos. O resultado não é apenas o fim da competição eleitoral, mas também a limitação drástica da proteção aos direitos para grupos minoritários dentro desses sistemas.¹²⁷

A erosão democrática pode ser compreendida, para fins deste trabalho, como o “processo incremental, porém substancial, de decaimento gradativo dos elementos que formam a democracia constitucional”.¹²⁸ Nela, há mudança sutil, conquanto identificável, no regime político democrático constitucional, operada em prejuízo dos elementos que o compõem – indicados em Capítulo anterior –, não de maneira abrupta, senão por mecanismos e instrumentos amenos, mas que, conjuntamente, subvertem-no.

Em processos de erosão democrática agentes imbuídos por pretensões autocráticas que desejam se entrincheirar no poder político mediante subversão das regras do jogo superam as barreiras impostas pelas democracias contra os (já ultrapassados) golpes de Estado, optando não por promover uma ruptura abrupta do Direito ou por instaurar autocracias inequivocamente contrárias aos *standards* democráticos, mas servindo-se de meios menos contundentes, inclusive jurídicos, que a corroem de maneira gradual e muito menos evidente. Como aponta Georges Abboud:

¹²⁷ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *U.C. Davis Law Review*, [United States], v. 47, n. 1, p. 189-26047, Nov. 2013. Tradução nossa.

¹²⁸ GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago: The University of Chicago Press, 2018. p. 43, tradução nossa.

De fato, democracias fortes – ou, ao menos, aquelas já minimamente consolidadas – mostram-se resistentes a tentativas de golpes de Estados violentos, porquanto suas instituições já se fortaleceram ao ponto de aguentar o impacto de confrontos diretos. É por isso que, nesses casos, o apodrecimento da democracia se inicia pelas beiradas, alimentando-se de teorias de conspiração, crises, *fake news* e desinformação, subversões difíceis de flagrar e combater. E o principal problema dessa mudança é que, diante desse novo modelo de ataque à democracia, pautado na dissimulação e na desinformação, as formas de defesa não são tão óbvias. A esse respeito, explica-nos David Runciman que os clássicos golpes de Estado eram, antes de tudo, *all or nothing* (vitória ou derrota imediata), em que se sabia os vencedores do conflito em poucas horas. Mais do que isso, como o ataque à democracia é revelado, a situação fica clara, seus defensores não têm dúvidas da ofensiva e podem se organizar para defendê-la.

Por outro lado, hoje, os novos tipos de ataques podem durar anos, décadas, e, enquanto as pessoas aguardam algum evento concentrado de violência, como ocorrera no passado, não percebem que uma erosão já está em andamento por trás das cortinas. Trata-se, acima de tudo, de um modelo de ataque cuja defesa democrática é muito difícil, dado que as ofensivas antidemocráticas são, até certo ponto, veladas, evidentes apenas àqueles que conseguem interpretar seus sinais.¹²⁹

A Ciência Política¹³⁰ identifica que os casos de erosão democrática, de maneira paradoxal, costumam ser iniciados após a eleição de líderes e coalizões políticas de viés autocrático – em diversos espectros políticos, é bom que se esclareça –, comumente na forma prevista pelo próprio regime democrático constitucional. Estes agentes, após terem assumido o poder político pelos meios e processos democráticos para sua obtenção, põe-se a atacar o regime constitucional, buscando subvertê-lo em seu benefício, dissimuladamente transformando a democracia em mero exercício de vontade majoritária, em prejuízo a seus elementos estruturantes. Ou seja, após assumirem controle do poder político – eleitos para exercer a Chefia do Poder Executivo e/ou suportados por maiorias legislativas –, agentes *neautocráticos* passam a se utilizar de estratégias, inclusive jurídicas, para erodir a mesma democracia que os elegeram. É este o diagnóstico de Ginsburg e Huq:

Casos de erosão democrática começam como democracias liberais constitucionais. Diferentemente de golpes e emergências, a força contestadora da democracia usualmente, quando não necessariamente, mostra-se interna ao próprio sistema democrático. Com efeito, usualmente ela advém de uma figura política, partido ou coalizão que acaba de atingir uma maioria democrática para um determinado cargo.
[...]

¹²⁹ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1448.

¹³⁰ Ver BERMEO, Nancy. On democratic backsliding. **Journal of Democracy**, Baltimore, 27, p. 5-19. 2016 e LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. São Paulo: Zahar, 2018.

Quando um líder ou partido detém uma maioria do eleitorado, ou ao menos uma pluralidade decisiva que o suporta, que incentivos ele possui para recorrer a medidas antidemocráticas como uma forma de manter o poder? Ou seja, por que a democracia poderia consumir-se a si mesma?

A resposta, em nosso juízo, resta na dinâmica ideológica do sistema democrático. Em certas condições, a operação ordinária e competitiva da democracia pode produzir ideologias e dinâmicas que corroem suas próprias fundações. Ao invés de ser uma máquina que resiste por si mesma, a democracia é um equilíbrio instável, constantemente em risco de gerar, dentro de si, as forças para sua própria destruição, ainda que, usualmente, sobre elas prevaleça.¹³¹

Virgílio Afonso da Silva identifica tal fenômeno erosivo contemporâneo, nomeando-o *anticonstitucionalismo* e caracterizando-o como a quebra do pacto social por meio do exercício abusivo de vontade majoritária, que enfraquece os elementos da democracia constitucional e da própria Constituição, como a separação de Poderes e a proteção a direitos fundamentais. Para o autor

Uma constituição é um pacto. Esse pacto estabelece regras do jogo democrático, da limitação de poderes, da proteção de direitos, dentre outras. A constituição cria uma arquitetura institucional e procedimental destinada a garantir esse pacto. No entanto, a constituição, sozinha, não é capaz de fazer valer essa garantia. O funcionamento das instituições e dos procedimentos que ela cria só é garantido enquanto houver um consenso de que o pacto deve ser respeitado.

Não por acaso, governantes com tendências autoritárias procuram corroer as bases desse pacto assim que alcançam o poder. Essas tendências, que ganharam fôlego na segunda década do século XXI, não são apenas antidemocráticas ou iliberais, elas são sobretudo *anticonstitucionais*. Em muitos casos, o ataque aos valores e às instituições democráticas constitucionais – como a separação dos poderes e a proteção aos direitos fundamentais – ocorre com base em decisões majoritárias sufragadas eleitoralmente. Mas, se a constituição é um pacto cujo objetivo é também estabelecer limites às decisões políticas majoritárias, então uma eventual opção da maioria contra essas limitações – no intuito de excluir a participação da minoria ou restringir seus direitos – não é opção constitucionalmente válida.¹³²

Nessas conjunturas de “majoritarismo abusivo” e manipulação autocrática do pacto constitucional, a inexorável tolerância democrática serve para a própria subversão da democracia, de modo paradoxal, em situação análoga àquela identificada por Karl Popper ao tratar acerca do “paradoxo da tolerância”.¹³³ David Strauss,¹³⁴ a seu turno, reconhece que, de fato,

¹³¹ GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. **How to Save a Constitutional Democracy**. Chicago: The University of Chicago Press, 2018. p. 78, tradução nossa.

¹³² SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: EDUSP, 2020. p. 636.

¹³³ POPPER, Karl. **The open society and Its enemies: the Spell of Plato**. Londres: Routledge, 1945. v. 1.

há uma incoerência intrínseca a todo regime democrático, uma vez que as instituições liberais que o compõem são, em relevante medida, vulneráveis a atores que querem derrubá-las “por dentro” e, assim sendo, mais do que nunca, em contextos de erosão democrática, torna-se ilustrativa a citação atribuída a Joseph Goebells, de que “sempre será uma das melhores piadas da democracia o fato de que ela dá aos seus inimigos mortais os meios para destruir a si própria”.

Em específico, processos de erosão democrática são causados, segundo Ginsburg & Huq (2018; p. 90-119), por via da redução de freios institucionais, centralização e politização do Poder Executivo, contração da esfera pública, e diminuição da competição eleitoral. Luís Roberto Barroso, a seu turno, afirma que a erosão democrática se produz por meio da concentração de poderes no Executivo, perseguição a líderes de oposição, mudanças nas regras eleitorais, cerceamento da liberdade de expressão, novas Constituições ou emendas constitucionais com abuso de poder pelas maiorias, esvaziamento ou empacotamento das cortes supremas com juízes submissos, entre outros mecanismos.¹³⁵

Como se percebe, os expedientes para causação de erosão democrática diagnosticados pela doutrina podem ser jurídicos e não jurídicos. Ainda que diversos estudiosos, mais vinculados à Ciência Política, apontem que processos erosivos ocorrem com o uso de ferramentas não jurídicas, tais como intimidações, prisões arbitrárias, uso de força policial, *fake news*, cooptação dos meios midiáticos, dentre outras, interessa-nos a esta análise a utilização de ferramental (pretensamente) jurídico e constitucional, que vem se tornando valiosa para a erosão da democracia, de forma notadamente mais dissimulada.

Trata-se do que se convencionou denominar *legalismo autocrático*, sobre o qual traçaremos algumas balizas, demonstrando que houve superação, por alguns autores contemporâneos, da dicotomia existente entre democracia, intrinsecamente constitucional, e autocracia, na qual não há Constituição. Interessa-nos, em outras palavras, apresentar as visões

¹³⁴ STRAUSS, David. Law and the slow-motion emergency. In: SUNSTEIN, Cass (org.). **Can It Happen Here? Authoritarianism in America**. New York: Dey St. [2018]. p. 365.

¹³⁵ BARROSO, Luís Roberto. Revolução tecnológica, crise da democracia e mudança climática: limites do direito num mundo em transformação. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, p. 1262-1313, set./dez. 2019. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/429>, 2019. p. 1279.

doutrinárias que defendem o surgimento de um “*constitucionalismo não-democrático*”, e que, paralelamente, não é simplesmente semântico.

3.2.1 *Legalismo Autocrático e o uso do Direito como instrumento para causação de erosão democrática*

Como esclarecemos no Segundo Capítulo deste trabalho, o constitucionalismo foi um movimento jurídico-político desejoso, primordialmente, em produzir a contenção do poder político por meio de sua juridicização, construídas normas jurídicas que, conjuntamente a desenhos institucionais geradores de separação de Poderes, compõem um pacto social destinado a assegurar que o poder estatal reste limitado, com a proteção a certos direitos fundamentais.

Ainda que desde há muito Karl Lowenstein tenha identificado a existência de constituições semânticas,¹³⁶ precipuamente destinadas a servir como um instrumento de (pretensa) legitimação jurídica a regimes políticos inquestionavelmente autocráticos, e que autores contemporâneos tenham diagnosticado que regimes autocráticos comumente se utilizam de “textos constitucionais” como ferramenta para organização do poder,¹³⁷¹³⁸ historicamente vincula-se a palavra “Constituição” à existência de um regime jurídico no qual está assegurada a

¹³⁶ Karl Lowenstein, estabelecendo como critério a observância realista das normas constitucionais por governantes e governados, separa as Constituições em normativas, nominais e semânticas. Como ensinam Mendes e Branco, “[...] as constituições normativas são as que logram ser lealmente cumpridas por todos os interessados, limitando, efetivamente, o poder. As constituições nominais são formalmente válidas, mas ainda não tiveram alguns dos seus preceitos ‘ativados na prática real’. Na visão de Loewenstein, nesses casos, ‘a situação real não permite a transformação das normas constitucionais em realidade política’, mas ainda ‘se pode esperar que, com o tempo, normas que até agora somente possuíam validade nominal tornar-se-ão, também, normativas’. Por fim, a Constituição semântica seria a formalização do poder de quem o detém no momento. Não tenciona limitá-lo, mas mantê-lo, mesmo que professe ‘uma adesão de boca aos princípios do constitucionalismo’”. (*in* MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 29.).

¹³⁷ Elkins, Ginsburg e Melton falam sobre a existência de constituições autoritárias, nelas reconhecendo pouca aptidão para resguardar direitos fundamentais, conquanto que certa função de organização do poder interna ao grupo autocrático incumbente que a editou (*in* ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The Content of Authoritarian Constitutions*. *In*: GINSBURG, Tom; SIMPSON, Alberto (ed.). **Constitutions in authoritarian regimes**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. cap. 7, p. 141-164. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9781107252523.010>).

¹³⁸ GINSBURG, Tom.; SIMPSON, A. **Constitutions in authoritarian regimes**: comparative constitutional law and policy. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

separação de Poderes e a proteção a direitos fundamentais, em assentimento ao artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – “*qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição*”.

Segundo tal compreensão, não há Constituição se inexistir separação de Poderes e proteção a direitos fundamentais. Tem-se, a partir daí, uma visão dicotômica sobre a relação entre Constituição e regimes políticos: de um lado estariam os regimes políticos constitucionais, que na atual quadra de ampliação dos direitos políticos seriam democráticos, cujos elementos são assegurados por uma Constituição, enquanto, de outro, estariam os regimes políticos autocráticos, nos quais não se poderia falar na existência de Constituição, dado que o poder é exercido ilimitadamente e não são assegurados direitos fundamentais.

As lições de Virgílio Afonso da Silva, partidário de uma concepção de Constituição como um pacto especificamente vocacionado a separar e limitar Poderes e a proteger direitos fundamentais, e não apenas a organizar o poder político, torna clara a existência da dicotomia acima mencionada:

Toda sociedade, não importa em que lugar, não importa em que época, não importa o quão simples ou complexa, é baseada em um conjunto de normas que, no mínimo, definem como o poder deve ser exercido. Diante disso, parece intuitivo supor que toda e qualquer sociedade necessariamente tem uma constituição, que seria justamente esse conjunto de normas básicas de organização do poder. No entanto, o conceito de constituição objeto da disciplina do *direito constitucional* é, de um lado, mais denso, porque exige mais do que a simples existência de um conjunto de regras sobre o exercício do poder, e, de outro lado, mais limitado, justamente porque sua densidade o faz incompatível com inúmeras formas de organização política e social, do passado e do presente.

Quando se afirma que constituição não é simplesmente um conjunto de regras sobre o exercício do poder, quer-se com isso dizer que ela é *mais* do que isso. Como será visto adiante, um conceito básico de constituição, além de regras sobre o exercício do poder, inclui necessariamente a proteção aos direitos fundamentais. Isso é suficiente para justificar a afirmação segundo a qual nem toda sociedade, por mais que tenha regras sobre o exercício do poder, tem uma constituição.

[...]

Como se pode antever, a condição básica que as regras de exercício do poder político em uma dada sociedade devem preencher é a de que o poder não pode ser absoluto. Deve haver alguma forma de *separação de poderes* e de funções, distribuídas entre pessoas e órgãos com razoável grau de autonomia em relação aos outros.

A mais clara expressão do que se disse até aqui é aquela presente em um dos principais documentos produzidos pelo constitucionalismo do século XVIII, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa, de 1789, cujo artigo 16 tinha a seguinte redação: “Toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição”.

Diante do exposto, até aqui, percebe-se que o conceito de constituição envolve mais do que a simples existência de um conjunto de regras sobre o exercício do poder. Isso em dois sentidos: (1) em um sentido *quantitativo*, porque ele se exige mais do que regras sobre o exercício do poder, ao demandar também a proteção de direitos fundamentais; e (2) em um sentido *qualitativo*, porque ele requer uma qualificação para as regras de exercício do poder, ao exigir que elas estejam baseadas em alguma forma de separação de poderes.

Ao ser mais exigente, esse conceito de constituição aplica-se a um conjunto restrito de situações, porque sua densidade o faz incompatível com inúmeras formas de organização política e social, do passado e do presente. Não basta que, em determinado Estado, existam regras sobre o exercício do poder; tampouco que haja uma declaração de direitos fundamentais, tampouco que haja ambos, sem maiores qualificações. É necessário que haja ambos e que ambos tenham como objetivo evitar a concentração e arbítrio no exercício do poder. Assim. Estados autoritários e totalitários, mesmo que tenham um documento que possa ser oficialmente chamado de “constituição”, não têm constituição nos termos aqui definidos.¹³⁹

Essa dicotomia absoluta entre regimes constitucionais, que, na atual quadra, seriam democráticos, e regimes autocráticos “não-constitucionais” vem, contudo, sendo problematizada por vozes doutrinárias contemporâneas, as quais têm ido muito além da simples constatação de que Constituições podem ser semânticas e servir para maquiagem jurídica o arbítrio. Recentemente, e mais fortemente após a percepção sobre a existência de processos de erosão democrática, vem-se estudando casos de regimes políticos que, como adiantamos, podem ser classificados como “híbridos”, dado que neles são assegurados certos níveis de separação de Poderes e exercício de liberdades públicas, com eleições periódicas se realizando de forma razoavelmente livres e competitivas, conquanto não em patamares que os permitam ser considerados plenamente democráticos.

Estes regimes políticos híbridos, segundo as lições de Levitsky & Way,¹⁴⁰ classificam-se como “autoritarismos competitivos”, nos quais as instituições democráticas e regras jurídicas formais que organizam o regime político são mantidas como principal meio para obtenção e exercício da autoridade política – segundo as regras de uma Constituição –, mas em

¹³⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: EDUSP, 2020. p. 32-33.

¹⁴⁰ LEVITSKY, S.; WAY, L. **Competitive authoritarianism: hybrid regimes after the cold war**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

que os detentores do poder político violam ou manipulam tais instituições e regras com tanta frequência e em tal extensão, que o regime político falha em cumprir padrões mínimos convencionais para que possa ser considerado uma democracia. Citados autores, analisando o tema sob o enfoque da Ciência Política, concentram sua atenção em instrumentos autocráticos informais, não jurídicos, algo que é problematizado por David Landau, para quem “é um erro ignorar a importância das regras constitucionais formais para a construção de regimes híbridos”.¹⁴¹ Há, assim, constitucionalistas que vêm se dedicando a estudar o processo de erosão democrática sob um viés jurídico-normativo.

Mark Tushnet, em artigo denominado *Authoritarian Constitutionalism*, estuda os Estados dotados de Constituição (ao menos no sentido formal), mas que estão situados na fronteira entre democracia e autocracia – com destaque para o caso de Cingapura –, ou seja, nos quais os elementos da democracia constitucional são incorporados ao regime político e respeitados em medida relevante pelo grupo político incumbente, porém significativamente atenuados, especialmente quando em contrariedade aos interesses dos agentes políticos dominantes.

Em sua análise, o constitucionalista norte-americano primeiramente questiona a dicotomia antes mencionada entre regimes constitucionais e autocráticos, apontando que

A doutrina jurídica e os cientistas políticos interessados no constitucionalismo como um conceito normativo tendem a dicotomizar o tema. Existiria o constitucionalismo liberal do tipo comum no Ocidente contemporâneo, com comprometimentos firmes aos direitos humanos e ao autogoverno implementado por meio de diferentes instrumentos institucionais, e existiria o autoritarismo, absolutamente avesso aos direitos humanos e disciplinado por detentores de poder ilimitado. A citação comum de Charles McIlwain exemplifica tal dicotomização: o constitucionalismo possui uma qualidade essencial: ele é a limitação legal ao governo; é a antítese de governo arbitrário, é o oposto ao governo despótico, ao governo da vontade ao invés do governo da lei” e “todo governo constitucional é, por definição, um governo limitado”.¹⁴²

¹⁴¹ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **U.C. Davis Law Review**, [United States], v. 47, n. 1, p. 189-26047, Nov. 2013.

¹⁴² TUSHNET, Mark V. Authoritarian constitutionalism. **Harvard Public Law Working Paper**, n. 13-47, Dec. 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2369518>. Acesso em: 9 set. 2021. Tradução nossa.

O professor da Universidade de Harvard, então, afastando-se desta visão dicotômica, identifica que nos regimes políticos “híbridos”, há uma base constitucional que assegura certos e consideráveis níveis de separação de Poderes e proteção a direitos fundamentais, porém não em plenitude, não podendo ser, portanto, considerados democracias constitucionais “completas”, tampouco podendo simplesmente ser tidos como regimes políticos autocráticos. Frente a tal diagnóstico, Tushnet entende que há diversas formas de *constitucionalismos* – para além do constitucionalismo democrático e da utilização semântica de Constituições –, caracterizados por *graus intermediários* de proteção a direitos fundamentais, de limitação de Poderes e de competitividade eleitoral – enfraquecidos, tão logo, os elementos que compõem a democracia constitucional.

A tabela a seguir, que se extrai de seu artigo *Authoritarian Constitutionalism*, demonstra as distintas classificações dadas pelo autor aos regimes políticos, considerados os níveis de liberdade para o exercício de direitos fundamentais e comprometimentos na competitividade das eleições, percebendo-se a problematização quanto à dicotomia entre constitucionalismo e autocracia:

Quadro 1 - Formas de constitucionalismo segundo Tushnet¹⁴³

		Level of Force and Fraud in Elections (or No Elections)			
		Low	Intermediate	High	No Elections
Liberal Freedoms	Low	Illiberal democracy or mere rule-of-law constitutionalism	Semiauthoritarianism	Authoritarianism	Authoritarianism
	Intermediate	Authoritarian constitutionalism	[Authoritarian constitutionalism?]		Mere rule-of-law constitutionalism
	High	Liberal democracy			Idealized absolutist monarchy

¹⁴³ TUSHNET, Mark V. Authoritarian constitutionalism. *Harvard Public Law Working Paper*, n. 13-47, Dec. 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2369518>. Acesso em: 9 set. 2021.

Segundo o autor, para além de um *constitucionalismo democrático*, de matriz liberal e no qual há acentuados graus de proteção a direitos fundamentais e baixos níveis de fraudes eleitorais, haveria um *constitucionalismo absolutista* (i.e., semântico) – no qual um único tomador de decisão decide sobre o curso de ação a seu exclusivo critério, sem controle por quaisquer outras instituições e sem observância das normas instituídas –, um *constitucionalismo de “mero Estado de direito”* (*mere rule of law constitutionalism*) – no qual o tomador de decisão se adequa a requisitos formais jurídico-positivos, atuando de acordo com a norma positivada, mas não estando limitado por ou vinculado a qualquer regra ou *standard* substantivo, como, por exemplo, a necessidade de proteção a direitos fundamentais, e, por fim, o *constitucionalismo autoritário*, mais relacionado aos processos de erosão democrática, no qual direitos fundamentais são protegidos em *níveis intermediários* – não de forma ampla e suficiente para estar caracterizada uma democracia, mas também sem caracterizar uma autocracia irrefutável – maculando, como consequência, a competitividade eleitoral, nada obstante as eleições sejam realizadas livremente e sem fraudes.¹⁴⁴

Como exemplos acerca de práticas relacionadas com o *constitucionalismo autoritário*, valendo-se do exemplo de Cingapura, Tushnet diagnostica que por meio dele protege-se a liberdade de expressão em níveis razoáveis, permitindo-se a oposição ao governo incumbente, a qual, todavia, resta limitada por normas jurídicas que ensejam responsabilização civil exacerbada nos casos de críticas a agentes públicos, a qual, no limite, pode impedir o crítico de concorrer a cargos políticos, em função de sua insolvência. Outro exemplo apresentado por Tushnet é a dificuldade de realização de demonstrações políticas nos espaços públicos em Cingapura, a qual não é expressamente proibida ou impedida pelo governo, mas, diferentemente do que ocorre, por exemplo, no Brasil, são exigidas autorizações estatais para sua realização que, em função de limitações e condicionantes legais e infralegais, dificilmente são obtidas por grupos dissidentes.

¹⁴⁴ TUSHNET, Mark V. Authoritarian constitutionalism. *Harvard Public Law Working Paper*, n. 13-47, Dec. 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2369518>. Acesso em: 9 set. 2021.

Destarte, o *constitucionalismo autoritário* de Tushnet seria uma forma de “constitucionalismo” essencialmente não democrática, mas, que, por outro lado, também não pode ser considerado um simples uso semântico do ferramental constitucional, como legitimador de poder ilimitado e que não impõe qualquer barreira ao detentor do poder político. Nele, os grupos incumbentes, conquanto obtenham vantagens competitivas pelo uso de estratégias jurídicas, vinculam-se às normas constitucionais e se comprometem, em relevante medida, a limitações de poder e proteção a direitos.

David Landau, por seu turno, ensina sobre um *constitucionalismo abusivo*, estratégia político-jurídica na qual instrumentos constitucionais e legais são utilizados para causar erosão democrática e hibridização do regime político democrático constitucional, em favor de agentes incumbentes. O autor o define como

[...] o uso de mecanismos de mudança constitucional para tornar um Estado significativamente menos democrático do que era antes. Ao referir-me aos mecanismos de mudança constitucional, concentro-me aqui nos métodos formais de mudança, e não nos métodos informais de mudança – emenda constitucional e substituição constitucional. Ao referir-me a manobras que tornam um regime “significativamente menos democrático”, conceituo a democracia em um espectro, reconhecendo que existem vários tipos de regimes autoritários híbridos ou competitivos entre o autoritarismo pleno e a democracia plena. Finalmente, ao referir-me ao grau de democracia num determinado país, concentro-me em duas dimensões distintas: (1) a esfera e até que ponto os líderes e figuras da oposição competem em igualdade de condições e (2) até que ponto os direitos de indivíduos e grupos minoritários são protegidos. Conceitualmente, essas duas dimensões são independentes e podem divergir, mas nos regimes discutidos aqui, retrocessos no campo eleitoral parecem estar altamente correlacionados com retrocessos em questões de direitos.¹⁴⁵

Segundo Landau, o *constitucionalismo abusivo* seria uma estratégia adotada por agentes políticos hodiernos que, cientes dos custos que costumam acompanhar os colapsos autocráticos, deliberadamente optam por erodir os elementos da democracia constitucional utilizando-se de meios jurídicos pretensamente democráticos, nomeadamente a promulgação de emendas constitucionais e, no limite, de novas Constituições. Nessa conjuntura, o Direito e a

¹⁴⁵ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *U.C. Davis Law Review*, [United States], v. 47, n. 1, p. 189-26047, Nov. 2013. Tradução nossa.

Constituições são utilizados como instrumentos para corrosão da democracia, sendo esta, na interpretação de Landau, uma “parte central de projetos autoritários modernos”:

O constitucionalismo abusivo envolve o uso dos mecanismos de mudança constitucional – emenda constitucional e substituição constitucional – para minar a democracia. Enquanto os métodos tradicionais de derrubada democrática, como o golpe militar, estão em declínio há décadas, o uso de ferramentas constitucionais para criar regimes autoritários e semiautoritários é cada vez mais prevalente. Presidentes e partidos poderosos podem arquitetar mudanças constitucionais que os tornem muito difíceis de desalojar, assim como desarmar instituições como tribunais que pretendiam controlar o exercício do poder. As constituições resultantes parecem democráticas à distância e contêm muitos elementos que não são diferentes daqueles encontrados nas constituições democráticas liberais. Mas de perto eles foram substancialmente retrabalhados para minar a ordem democrática.¹⁴⁶

Para Landau, esta nova prática autocrática desafia o moderno contexto democrático por não se externalizar mediante arbitrariedades flagrantes, senão por meio do ferramental jurídico usualmente vinculado aos regimes democráticos, pelo que sua identificação e combate têm se tornado cada vez mais difíceis. Isso ocorre, por exemplo, no caso da promulgação de novas Constituições que, por não estarem sujeitas à controle de constitucionalidade (i.e., por decorrerem do exercício do Poder Constituinte Originário), ultrapassam as barreiras usualmente impostas pela jurisdição constitucional.

Tem-se, portanto, que a doutrina constitucional estrangeira vem se afastando de uma visão dicotomizada de que o constitucionalismo é um fenômeno que não pode estar, em nenhuma medida, associado a regimes políticos em que não há plena separação de Poderes e proteção a direitos fundamentais, diagnosticando que movimentos autocráticos contemporâneos, que colocam a democracia constitucional em crise por meio da erosão, recorrem ao próprio Direito de maneira “abusiva”, buscando utilizar-se de majorias ocasionais para aprovar normas constitucionais e infraconstitucionais especificamente destinadas a dirimir a competição eleitoral, concentrar Poderes pela redução de freios institucionais, e enfraquecer o exercício de direitos fundamentais.

¹⁴⁶ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *U.C. Davis Law Review*, [United States], v. 47, n. 1, p. 189-26047, Nov. 2013. Tradução nossa.

Tais práticas, de forma geral, constituem o que a doutrina denominou “legalismo autocrático”, sobre o qual Kim Scheppele traça balizas:

Em oposição a operar no mundo do liberalismo, os legalistas autocráticos operam no mundo do legalismo. O constitucionalismo liberal e democrático, como uma teoria político-normativa, está comprometido com a proteção dos direitos, com a contenção do poder, com a defesa do Estado de Direito e com os valores liberais da tolerância, pluralismo e igualdade. Em contraste, os reclamos do legalismo são simplesmente formais: o direito atende um padrão positivista de promulgação como uma questão técnica quando segue as regras estabelecidas, sem observar o conteúdo ou o compromisso axiológico dessas regras. Quando a legalidade mina o constitucionalismo, é porque os valores subjacentes às novas leis se sobrepuseram aos valores do constitucionalismo e não o contrário, como o próprio constitucionalismo exige.¹⁴⁷

Em específico, o legalismo autocrático se manifesta na aprovação de normas jurídicas que, ainda que suportadas por uma vontade majoritária circunstancial, atentam contra os elementos da democracia constitucional. Não se trata, com efeito, de saudável exercício de vontade majoritária, inerente à democracia – como já esclarecido – e que ora estaria sendo criticado em função de divergências ideológicas, mas, pelo contrário, está-se diante do uso de maiorias para a edição de normas dotadas de específicos propósitos de gradualmente minar a democracia constitucional “por dentro”, sem a necessidade de condução de colapsos autocráticos, como aponta Landau:

O argumento contra o constitucionalismo abusivo não está vinculado com as políticas específicas seguidas por seus atores, mas justifica-se no fato que eles estão tornando seus regimes significativamente menos democráticos. Chávez e Correa são populistas de esquerda, Uribe é de direita neoliberal, e o partido Fidesz é um movimento nacionalista de direita. Pode haver mérito em algumas das políticas seguidas por esses atores, e não em outros. Independentemente da orientação política, a deterioração, tanto da capacidade do público de retirar esses titulares do poder, quanto o enfraquecimento das verificações horizontais que deveriam mantê-los responsáveis é um motivo substancial de preocupação. Isso porque a ausência de verificações verticais e horizontais parece estar relacionada a uma longa lista de resultados negativos: deterioração da qualidade da política, menor capacidade de resposta dos políticos à vontade dos indivíduos, e uma maior incidência de abusos de direitos humanos.¹⁴⁸

¹⁴⁷ SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic legalism. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 85, n. 2, p. 545-583, mar. 2018.

¹⁴⁸ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *U.C. Davis Law Review*, [United States], v. 47, n. 1, p. 189-26047, Nov. 2013. Tradução nossa.

Um exemplo elucidativo de como o Direito pode ser utilizado para atrofiamento dos elementos da democracia constitucional é a edição e o uso de leis de difamação e calúnia que pretensamente visam a proteger direitos da personalidade, mas que, em verdade, são moldadas para inibir as liberdades de expressão e manifestação, quando exercidas em contrariedade aos interesses do governo incumbente – afetando, como não poderia deixar de ser, o exercício de direitos fundamentais de participação e oposição políticas, bem como a competitividade dos pleitos eleitorais.¹⁴⁹ Outro exemplo é a edição de leis disciplinares para regulamentar o exercício das funções jurisdicionais por membros do Poder Judiciário¹⁵⁰ que, a pretexto de coibir abusos, terminam por servir como instrumento para redução dos freios e contrapesos característicos da separação de Poderes, permitindo aos incumbentes exercer o poder político de forma ilimitada ou menos limitada – atentando, por sua vez, contra a autonomia do direito em relação à vontade governamental, em destacado prejuízo ao *rule of law*. Como exemplo final, tem-se as medidas legislativas autocráticas relacionadas ao processo eleitoral que, sem o fraudar explicitamente, reduzem sua competitividade, como no caso de leis que, a pretexto de conferir maior governabilidade, criam distorções na representação política em sistemas eleitorais proporcionais ou na definição dos distritos eleitorais, garantindo que o grupo incumbente mantenha um maior número de cadeiras nos parlamentos.

Diante do diagnóstico, portanto, sobre o advento do legalismo autocrático, e considerado que ele se manifesta pela utilização de normas jurídicas a fim de enfraquecer o regime constitucional, muitas vezes por meio de emendas constitucionais e instrumentos legais e normativos infraconstitucionais, compete então investigar qual seria o papel do Direito na

¹⁴⁹ Como vimos, Tushnet aponta que, em Cingapura, o uso de leis relacionadas à calúnia e difamação, com a imposição de sanções econômicas relevantes a opositores do partido político incumbente por suas manifestações contrárias ao governo – inclusive proibindo-os de concorrer em pleitos eleitorais em função de sua insolvência -, têm assegurado que a oposição se realize de maneira insuficiente, ainda que tais opositores não possuam receios de prisão arbitrária ou sem justificativa.

¹⁵⁰ Na Polônia, o governo incumbente do Partido Lei e Justiça (*Prawo i Sprawiedliwość*), por meio de alterações legislativas, inclusive à chamada “Lei Orgânica dos Tribunais Comuns” (*Ustawa – Prawo o ustroju sądów powszechnych*), instituiu uma série de limitações às atividades do Poder Judiciário, inclusive com o sancionamento de alguns de membros por decisões contrárias à política majoritária. Tal fato levou a Polónia a ser sancionada pela Comissão Europeia, por meio do Processo ECLI:EU:C:2021:878, diante do descumprimento de obrigações relacionadas à manutenção de Estado Democrático de Direito às quais assumiu quando de sua integração ao bloco econômico e político.

proteção e reversão do processo de erosão democrática, tendo como objeto de análise os regimes políticos democráticos constitucionais nos quais se verifica o controle de constitucionalidade e o exercício da jurisdição constitucional, por tratar-se este do caso brasileiro.

3.2.2 *O Direito como instrumento de reversão a processos de erosão democrática*

Como esclarecemos anteriormente, nossa percepção é a de que nas hipóteses em que já está em curso ou ocorrido um colapso autocrático, o Direito possui uma reduzida efetividade como instrumento para sua reversão. Como vimos, podem-se instituir normas jurídicas visando a desincentivar os golpes de Estado, inclusive com seu apenamento em caso de insucesso – como se fez no ordenamento jurídico brasileiro – bem como é factível (e desejável) construir-se desenhos e engrenagens institucionais que tornem menos provável a sua ocorrência, pela construção de mecanismo pacíficos de acomodação e solução dos dissensos políticos, desincentivando-se o uso da força revolucionária. Todavia, reforçamos, nos colapsos autocráticos prevalecem a força e a vontade política sobre o Direito previamente existente, exercido o Poder Constituinte Originário, que, repetimos, tem como características intrínsecas ser *inicial, ilimitado e incondicionado*. Destarte, o Direito tem, quando muito, um papel preventivo no combate a colapsos autocráticos, não servindo para revertê-los quando estes já estão em curso.

O mesmo ocorre, em nosso sentir, quando há processo de erosão democrática que se externalize por meio de substituição constitucional.¹⁵¹ Nessas hipóteses, há também a inauguração de um novo regime político cujo ordenamento estruturante não está submetido ao Direito anterior, exercendo-se o Poder Constituinte Originário de forma soberana. Inclusive, é

¹⁵¹ A doutrina dedicada a estudar os processos erosivos da democracia, destacando-se Ginsburg & Huq (*in* GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. **How to Save a Constitutional Democracy**. Chicago: The University of Chicago Press, 2018.) e David Landau aponta que os processos erosivos podem incluir a promulgação de novas Constituições, em exercício pleno do Poder Constituinte Originário. (*in* LANDAU, David. *Abusive Constitutionalism*. **U.C. Davis Law Review**, [United States], v. 47, n. 1, p. 189-26047, Nov. 2013.). Nesses casos, o novo texto constitucional apresenta as características levantadas por Mark Tushnet em suas lições sobre o Constitucionalismo Autoritário, não se tratando de uma carta semântica, mas sim de um texto constitucional em que assegurados, em níveis intermediários, a competitividade eleitoral, a separação dos Poderes e a proteção a direitos fundamentais (*in* TUSHNET, Mark V. *Authoritarian constitutionalism*. **Harvard Public Law Working Paper**, n. 13-47, Dec. 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2369518>. Acesso em: 9 set. 2021.).

esta a razão pela qual David Landau¹⁵² compreende que a existência de um sistema de *judicial review* que permita a declaração de inconstitucionalidade de emendas constitucionais – sobre o qual trataremos mais adiante – não é suficiente para proteção democrática nos casos de erosão, posto que sempre pode ocorrer a inauguração de uma nova ordem constitucional, que não encontra limitações pretéritas.

Situação outra, contudo, ocorre nos casos de erosão democrática em que há utilização do legalismo autocrático mediante a aprovação de emendas constitucionais e de legislação infraconstitucional especificamente destinada a erodir os elementos da democracia constitucional. Nessas conjunturas, nos países dotados de Constituições democráticas rígidas e nos quais se admite o controle de constitucionalidade – caso brasileiro, e, assim, objeto de nossa análise –, o Direito positivo e o controle da rigidez constitucional exercem papéis protetivos fundamentais e dotados de efetividade, podendo servir eficientemente para obstar iniciativas autocráticas, pelo seu cotejo vis-à-vis o texto constitucional, que passa então a servir como um “parâmetro normativo democrático” que justifica a anulação de medidas legais destinadas a corroer a democracia “por dentro”, diante de sua incompatibilidade com a Constituição.

Com efeito, em um ordenamento democrático disciplinado por uma Constituição rígida, todas as normas jurídicas que sejam editadas pelos poderes instituídos estarão sujeitas a escrutínio quanto à sua constitucionalidade, o que, no caso brasileiro, faz-se em sede de controle preventivo e, judicialmente, em controle repressivo, sendo o último realizado pelas vias principal e incidental. Consequentemente, normas jurídicas positivas editadas no Brasil em exercício de legalismo autocrático, sejam elas emendas constitucionais – por meio do Poder Constituinte Reformador – ou componentes da legislação infraconstitucional, e que visem a enfraquecer os elementos da democracia constitucional, certamente poderão ser extirpadas do ordenamento pátrio por meio do exercício repressivo do controle de constitucionalidade, que no Brasil é exercido pelo Poder Judiciário.

¹⁵² LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *U.C. Davis Law Review*, [United States], v. 47, n. 1, p. 189-26047, Nov. 2013. Tradução nossa.

À guisa de exemplo, consideremos que uma norma jurídica com fins autocráticos fosse promulgada pelo Poder Executivo, exercendo sua competência para a edição de medidas provisórias, prevista no artigo 62 da Constituição Federal. Referida norma terá sua constitucionalidade escrutinada pelo Congresso Nacional, no seio do processo legislativo destinado à sua conversão em lei, bem como poderá posteriormente ser objeto de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, por oportunidade do controle abstrato ou incidental de constitucionalidade, com o primeiro podendo ser iniciado por diferentes agentes, muitos dos quais alheios ao espectro político majoritário, e o segundo podendo ser suscitado perante qualquer juiz, por qualquer parte.

O mesmo controle de constitucionalidade se faria possível no caso de uma medida legislativa com intento autocrático que fosse originariamente editada pelo Poder Legislativo, eis que além de ter sua constitucionalidade verificada quando do exercício do poder de veto presidencial pelo Chefe do Executivo – fosse ela uma lei infraconstitucional –, poderá ela também ter sua constitucionalidade contestada perante o Poder Judiciário, provocado por distintos agentes.

Assim, percebe-se, nos casos de erosão democrática, o Direito Constitucional positivo serve como um *parâmetro democrático* que viabiliza o combate e oposição a iniciativas autocráticas legalistas, por meio do exercício do controle de constitucionalidade, que, no caso brasileiro, pode ser suscitado em distintas formas e por diversos legitimados – dificultando-se a captura institucional por parte do poder político.

Quando de processos erosivos, a Constituição passa, como nunca, a proteger a democracia, superando-se, de forma ainda mais clara, quaisquer percepções em favor da incompatibilidade entre democracia e constitucionalismo, como sugeriremos a seguir. E uma vez que as iniciativas *neautocráticas* costumam decorrer da clausura do poder político por grupos de viés autoritário – advindas, principalmente, dos poderes eleitos, nomeadamente os Poderes Executivo e Legislativo – faz-se relevante estudar o papel da jurisdição constitucional como

última barreira à autocracia, problematizando-se, como adiantamos, a elevação do ativismo judicial a instrumento de proteção da democracia.

4 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, EROSÃO DEMOCRÁTICA E ATIVISMO JUDICIAL

No Capítulo anterior, apresentamos algumas posições doutrinárias que compreendem que vigora atualmente uma crise dos regimes políticos democráticos constitucionais, que não mais estão ameaçados por colapsos autocráticos, assim dizendo, pela superação repentina e facilmente identificável do regime político constitucional vigente, mas por processos de erosão democrática, nos quais há utilização do legalismo autocrático para atrofiar os seus elementos formadores, enfraquecendo-se a separação de Poderes, a competitividade eleitoral, e o exercício de direitos fundamentais.

Outrossim, esperamos haver demonstrado, no Capítulo antecedente, que nas hipóteses de colapsos autocráticos, o papel do Direito, em nosso sentir, é severamente limitado, vez que, quando de sua ocorrência, inaugura-se o Poder Constituinte Originário, que por sua natureza, é *inicial, ilimitado e incondicionado*, estando insubordinado à ordem jurídico-constitucional anterior. Esclarecemos, de outro lado, que nas hipóteses de erosão democrática produzidas por meio da promulgação de emendas constitucionais e edição de leis infraconstitucionais, o Direito assume papel central na contraposição ao legalismo autocrático, o que, como demonstraremos a seguir, tem lugar de destaque pelo exercício da jurisdição constitucional, competindo às cortes constitucionais¹⁵³ – e no caso brasileiro, ao Supremo Tribunal Federal – a guarda do texto constitucional democrático, inclusive contra iniciativas legislativas ameaçadoras dissimuladas, e que se utilizem do próprio Direito.

Por evidente, a guarda da Constituição e o combate a ideologias e movimentos autocráticos compete a todos Poderes e instituições que compõem um regime político democrático constitucional. Não aderimos a certos posicionamentos, exemplificados na Introdução a este trabalho, que compreendem que as cortes constitucionais seriam o único ou

¹⁵³ Relembramos, cortes constitucionais são tomadas neste trabalho em um sentido amplo como os órgãos incumbidos de realizar o cotejo de emendas constitucionais e da legislação infraconstitucional vis-à-vis o texto constitucional, dotado de rigidez, desassociadas do modelo de controle de constitucionalidade adotado em um determinado ordenamento constitucional.

principal agente institucional responsável pela proteção democrática. Diversamente, como adiantamos, filiamo-nos às ponderações de Rodrigo Mudrovitsch, que reforça a importância da democracia representativa e de suas instituições vis-à-vis a jurisdição constitucional,¹⁵⁴ ao argumento de que “[...] no longo prazo, instituições funcionam melhor como mecanismo de limitação de excessos do que sofisticadas teóricas sem qualquer garantia cogente de adesão por parte dos membros julgadores”¹⁵⁵

Todavia, fato é que as novas e mais recentes correntes autocráticas vêm majoritariamente se manifestando por intermédio de agentes democraticamente eleitos, apoiados por maiorias parlamentares substanciais, pelo que, em circunstâncias como tais, as medidas legislativas por eles aprovadas, resultantes do exercício do legalismo autocrático, encontram como barreira última o exercício da jurisdição constitucional, que, nessa conjuntura, acaba por ter um papel nuclear e legítimo na proteção do regime democrático constitucional. Esse papel, contudo, certamente não autoriza as cortes constitucionais a atuar de forma ativista e desvinculada ao Direito, sob pena de serem elas próprias, nada obstante suas boas intenções, as causadoras de erosão democrática, como se explicitará a seguir.

4.1 Legitimidade democrática da jurisdição constitucional

As discussões acerca da legitimidade democrática do exercício da jurisdição constitucional, realizando-se o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, atravessam o tempo, e se fazem relevantes em países dotados de ordenamentos jurídico-constitucionais que adotaram alguma forma de revisão judicial das medidas parlamentares, em seus distintos arquétipos. É renitente e atemporal o debate sobre a tensão que existiria entre *judicial review* e democracia majoritária, especialmente quando se está frente a decisões que dão concretude a valores e princípios abstratos que, por natureza, permitem diferentes interpretações

¹⁵⁴ MUDROVITSCH, Rodrigo. **Democracia e governo representativo no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 25.

¹⁵⁵ MUDROVITSCH, Rodrigo. **Democracia e governo representativo no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 27.

sobre seu significado e/ou essência (v.g., liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana etc.).

Como ensina Elival da Silva Ramos

A censura imposta por Cortes Constitucionais aos atos legislativos é algo extremamente delicado no contexto das relações entre os Poderes, em face do caráter redentor assumido pela lei na esteira das revoluções que puseram fim ao absolutismo monárquico. Tanto assim que Hamilton, em *O Federalista*, se ocupou de justificar cabalmente a competência dos juízes e tribunais estadunidenses para declarar nulas as leis contrárias à Constituição, lançando as bases do que, depois da decisão de *Marbury v. Madison*, em 1803, viria a ser conhecido como doutrina do *judicial review*. Se assim é em sede de controle incidental, com eficácia restrita às partes, o que dizer então do controle de constitucionalidade exercido em abstrato, a título principal, com ampla eficácia subjetiva (efeitos *erga omnes*), manifestamente distante de práticas ordinárias da jurisdição. Mas, há um outro aspecto da denominada jurisdição constitucional que atrai para ela a polêmica em torno do ativismo judiciário e que tem relação direta com as características fluidas da linguagem que permeia o texto das Constituições.

Na falta de um parâmetro claro e preciso para a aferição da constitucionalidade dos atos normativos objeto de impugnação, as soluções encontradas pelas Cortes Constitucionais tendem a ser mais discutíveis sob o ponto de vista técnico-jurídico, com o que avultam as suspeitas de haver o órgão de controle extrapolado dos limites de seu mister. Na medida em que esses tribunais estão situados em posição cimeira no aparato judiciário ou ocupam posição isolada e externa em relação à Justiça dita ordinária, suas decisões não são passíveis de revisão por outros órgãos jurisdicionais, o que só faz crescer a desconfiança em relação a possíveis abusos de poder.¹⁵⁶

Georges Abboud contextualiza a visão doutrinária (entendemos, já superada) de que existiria um paradoxo entre democracia e constitucionalismo, o qual seria inevitável em modelos institucionais nos quais as leis são aprovadas pela maioria dos indivíduos, e, logo, presumem-se democráticas, mas, sincronicamente, podem ser extirpadas do ordenamento jurídico em função de sua contrariedade com a Constituição. Para o autor,

[...] equacionar o aparente paradoxo existente entre democracia e constitucionalismo foi a principal questão enfrentada pela teoria constitucional do séc. XX. Referida tarefa deu origem ao que designamos hoje *democracia constitucional*.

De acordo com Frank Michelman, se (i) por *democracia* entenderemos uma forma de autogoverno popular em que a população decide, por si própria, as regras orientadoras da convivência social; e (ii) por *constitucionalismo*, um mecanismo sofisticado de contenção da autonomia, que sujeita a liberdade popular a uma lei superior e a certos limites políticos majoritários, estamos mesmo, ao que parece, diante de um paradoxo. Afinal, como justificar um modelo de governo que une dois elementos inconciliáveis: um majoritário e outro contramajoritário?

A discussão, posta nesses termos, nos parece, no entanto, um pouco reducionista.

¹⁵⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 24-26.

Ainda que compreendamos o constitucionalismo como a série de aparatos criados por um movimento político-jurídico-social para a contenção de maiorias políticas eventuais que atentem contra direitos considerados indevassáveis (expressos nas constituições especialmente pelos direitos fundamentais e cláusulas pétreas), será realmente adequado reduzir o conceito de democracia ao de vontade popular majoritária? Isto é: será que, de fato, a oposição excepcional de limites à vontade do povo colide com o ideal democrático, que, nesse caso, equivaleria, mesmo, ao desejo soberano e absoluto da maioria?¹⁵⁷

Por certo, a discussão sobre a legitimidade e compatibilidade da jurisdição constitucional com a democracia – considerada como externalização da vontade majoritária – se fez renitente, sendo especialmente travada nos âmbitos da filosofia e da sociologia do Direito. Nestas searas, são afamados os debates entre aqueles que, como Jeremy Waldron,¹⁵⁸ compreendem pela absoluta ilegitimidade democrática do exercício do controle de constitucionalidade, tratando-o como uma ilegítima revisão de decisões majoritárias, e os que, como Ronald Dworkin,¹⁵⁹ veem o Direito e a Constituição como um complexo de valores que transcende a simples vontade majoritária, os quais seriam merecedores de resguardo e proteção autônoma à vontade da maioria dos cidadãos, clamando por uma democracia não meramente formal, mas substancial.

Como anteriormente esclarecido, nossa concepção de democracia é “constitucional” e a ela incorpora quatro elementos, repita-se, *a existência de um ordenamento jurídico estável e conhecido, separação de Poderes, eleições livres, periódicas e competitivas e a proteção a direitos fundamentais de participação e oposição política*. Certamente, a vontade majoritária integra um destes elementos da democracia constitucional, especialmente relacionada com a eleição dos representantes. Porém, em nosso sentir, não se pode circunscrever democracia à vontade majoritária, posto que, caso assim fosse, os demais elementos poderiam não ser verificados e sua proteção certamente não estaria assegurada.

¹⁵⁷ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1401-1402.

¹⁵⁸ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, New Haven, n. 115, n. 6, p. 1346-1406, Apr. 2006.

¹⁵⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Temos para nós que a democracia, em sua vertente constitucional, demanda proteção a seus outros elementos que transcendem a simples vontade majoritária e que muitas vezes, como é o caso dos direitos fundamentais, são sindicáveis contra a própria vontade desta mesma maioria. E tal proteção depende, em ampla medida, da segurança de que a vontade estatal não estará cingida à aprovação de medidas pelas maiorias, mas limitada por *standards* de um pacto constitucional, o que, compreendemos, produz-se pela asseguuração da rigidez constitucional, que, como bem se sabe, é precipuamente resguardada pelo exercício da jurisdição constitucional.

Dito de outro modo, nosso entendimento é o de que a inexistência da jurisdição constitucional, capitaneada por uma corte constitucional competente para guarda da Constituição e que possa se colocar em oposição à vontade majoritária, enfraqueceria a democracia, tornando-a menos constitucional, em inevitável prejuízo de seus demais elementos, importando severos riscos de que ela fosse convertida em simples vontade majoritária, com processos eleitorais não competitivos e nenhuma proteção a direitos fundamentais. Sobre a importância da jurisdição constitucional para manutenção da rigidez constitucional, ensina Elival da Silva Ramos:

A rigidez, enquanto decorrência da supremacia formal usualmente reconhecida às Constituições documentais, acompanhou o nascimento destas, porquanto, como já se disse, se afiguraria intolerável admitir que o legislador infraconstitucional pudesse, pelo procedimento usual de elaboração legislativa, alterar a obra do Poder Constituinte que o subordina. Mas de nada adianta erguer essa barreira diante do Poder Legislativo ordinário se não se estabelecer um mecanismo para controlar a compatibilidade dos atos dele emanados à Constituição. Pois é essa, precisamente, a segunda consequência do princípio da supremacia: o controle de constitucionalidade das leis

Não obstante se reverencie o primado da Constituição sobre os atos do Poder Legislativo, é evidente que, por se situarem as normas constitucionais no plano do dever-ser, sempre poderão ser afrontadas por atos legislativos subalternos. Cabe ao Constituinte, consciente de que a inconstitucionalidade dos atos e omissões do Poder Legislativo é algo inerente à continuidade de sua atuação, por lhe incumbir a disciplina do cotidiano, estipular medidas sancionatórias que coíbam tais irregularidades. E, em o fazendo, torna-se imperioso estruturar um sistema pelo qual essas sanções possam ser efetivamente atuadas.¹⁶⁰

Em nosso sentir, retirar-se a possibilidade de sancionamento de atos normativos contrários ao texto constitucional seria converter a democracia constitucional em um regime

¹⁶⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil**: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 45-46.

político no qual prevalece simplória vontade majoritária, ferindo-se de morte a rigidez constitucional e, destarte, a própria democracia constitucional que nela se sustenta. E mais, empiricamente, converter-se a democracia em vontade majoritária não nos parece caminho seguro para que seus elementos continuem hígidos, eis que, como demonstra a história – e reforçam os atuais processos de erosão democrática –, a vontade majoritária pode se degenerar, em prejuízo dos exatos outros elementos que constituem a democracia constitucional.¹⁶¹

Nessa linha, Georges Abboud, servindo-se das lições de Michael Stolleis¹⁶² e tratando sobre um “novo paradigma pós-absolutista”, atribui plena legitimidade ao exercício da jurisdição constitucional, anotando que ela

[...] é fruto de uma prévia conquista do Poder Judiciário como Poder autônomo e independente. A independência do Poder Judiciário está diretamente relacionada à autonomia do direito. Ele somente é independente se a interpretação do direito estiver assentada diretamente no próprio direito. O que, por sua vez, fará com que os Poderes Executivo e Legislativo devam pautar seus atos no próprio direito, porque agora, passa a haver o controle de constitucionalidade, como mecanismo para correção das leis e dos atos administrativos produzidos de forma contrária ao direito. Nessa perspectiva, é essencial compreendermos que a autonomia do direito confere a base de legitimidade necessária para que o Poder Judiciário possa controlar os atos dos demais Poderes.¹⁶³

A justiça constitucional, para o autor, nasce da “cultura do constitucionalismo, isto é, da concepção de que a democracia, estribada sobre um conjunto de valores sociais capitaneados pela ideia e o valor da liberdade, exige a limitação do governo por meio da Constituição”.¹⁶⁴ E em sua vertente pós-Guerra, a justiça constitucional, em seus diversos arquétipos de atuação, passa a servir não somente como um agente de controle de aspectos formais das normas jurídicas, mas como verdadeiro censor de seu conteúdo, resguardando sua adequação material ao texto

¹⁶¹ Acerca da degeneração majoritária, Georges Abboud nos oferece importantes lições na obra *Direito Constitucional Pós-Moderno*, em que promove retrospectiva histórica sobre momentos nos quais a vontade majoritária converteu-se em degeneração, notadamente face aos direitos e interesses de grupos minoritários que, em uma democracia constitucional – ao menos na forma como a descrevemos –, devem vê-los resguardados (*in* ABOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.).

¹⁶² STOLLEIS, Michael. *Judicial Interpretation in Transition from the ancien régime to constitutionalism*. *In*: Morigiwa Yasutomo, Michael Stolleis e Jean-Louis Halpérin (org.). **Interpretation of Law in the Age of Enlightenment: From the Rule of Kings to the Rule of Laws**. Londres: Springer, 2011.

¹⁶³ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 461.

¹⁶⁴ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 464.

constitucional, e logo, os elementos que perfazem o regime democrático, não apenas sob uma fachada formal, mas também substancial.

Há outrossim, segundo Abboud, quatro funções primordiais da jurisdição constitucional: limitar o Poder Público; garantir a existência de minorias e assegurar a proteção de seus direitos fundamentais; corrigir equívocos e omissões do Poder Legislativo e conferir, em termos dogmáticos, a preservação da própria autonomia do Direito, mais precisamente, da Constituição. Assim, a jurisdição constitucional serve como um instrumento institucional para assegurar que os elementos formadores da democracia constitucional retem protegidos, na forma do Direito, ainda que contra a uma vontade majoritária ocasional. Sobre o tema, Luís Roberto Barroso explicita que

A democracia não se assenta apenas no princípio majoritário, mas, também, na realização de valores substantivos, na concretização dos direitos fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária de todas as pessoas nos processos decisórios. A tutela desses valores, direitos e procedimentos é o fundamento de legitimidade da jurisdição constitucional. Partindo dessas premissas, parece plenamente possível conciliar democracia e jurisdição constitucional, quer se defenda uma noção procedimental de Constituição — que privilegia a definição das regras do jogo político, cuja observância legitimaria os resultados produzidos —, quer se opte por um modelo substancialista qual certas opções materiais já estariam predefinidas. Na verdade, é possível identificar uma importante zona de superposição entre esses dois enfoques: ambas as correntes destacam o caráter imprescindível de certos direitos fundamentais, seja como pressuposto para a deliberação, seja como pautas mínimas inerentes à dignidade humana. Trilhando caminhos diversos, as correntes chegam a um ponto comum naquilo que é verdadeiramente essencial. Tal constatação não tem por finalidade negar as particularidades de cada uma dessas linhas, mas sim corroborar a importância reforçada dos elementos comuns. Assim, da confluência das duas vertentes parece possível extrair com segurança a afirmação de que a Constituição desempenha dois papéis principais, mutuamente implicados. O primeiro é veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, que não devem ser preteridos por majorias políticas ocasionais. O segundo é assegurar o espaço próprio do pluralismo político, representado pelo abrangente conjunto de decisões que não podem ser subtraídas dos órgãos eleitos pelo povo a cada momento histórico. A Constituição não pode abdicar da salvaguarda de valores essenciais e da promoção de direitos fundamentais, mas não deve ter, por outro lado, a pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária e juridicizar além da conta o espaço próprio da política.¹⁶⁵

¹⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 80-82.

O papel das Cortes Constitucionais é, portanto, assegurar a manutenção de uma democracia que seja efetivamente “constitucional”, especialmente para asseguar de que o majoritarismo – essencial e ao mesmo tempo perigoso a ela – não corra os *standards* do pacto social pré-constituído. Elas asseguram que o debate político que é inerente a um regime democrático e primordial a seu funcionamento ocorra segundo um *common ground* mínimo, indevassável pela vontade majoritária. Assegura-se respeito a regras do jogo, sem as quais, como afirmamos em nosso capítulo definidor dos elementos da democracia constitucional, a construção de consensos e compromissos se faz simplesmente inviável.

As lições de Luís Roberto Barroso sobre a compatibilidade entre democracia e constitucionalismo, extraídas de artigo destinado a analisar os processos contemporâneos de erosão democrática e o papel das cortes constitucionais neste contexto externam nossa compreensão, enfim, sobre a possibilidade de se haver convivência harmônica entre democracia, constitucionalismo e jurisdição constitucional:

O constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século 20. Esse arranjo institucional combina dois ideais – que não se confundem, nem na origem, nem no conteúdo: constitucionalismo e democracia. O constitucionalismo data das revoluções liberais dos séculos 17 e 18 e significa essencialmente Estado de Direito, poder limitado e respeito pelos direitos fundamentais. Sua consolidação nos países europeus e nos Estados Unidos ocorreu ao longo do século XIX. No Brasil, a Constituição de 1824 teve alguns traços liberais, mas, em sua essência, trazia a marca de uma origem absolutista impressa por D. Pedro I (embora substancialmente atenuada durante o segundo reinado). A democracia, por sua vez, desde suas origens gregas, significa a participação popular no exercício do poder, a soberania do povo e o governo da maioria. O ideal democrático só se consolida verdadeiramente na primeira metade do século XX, com o reconhecimento do sufrágio universal, quando superadas restrições inadequadas à participação no processo eleitoral, como as decorrentes de riqueza, religião, raça e gênero.

No entanto, a maioria das democracias do mundo reserva uma parte de poder político para um órgão cujos membros não são eleitos, mas que deriva sua legitimidade da competência técnica e imparcialidade. Este é o Poder Judiciário, no topo do qual, em muitos países, há um tribunal supremo ou constitucional. Desde o fim da Segunda Guerra Mundial, praticamente todos os Estados democráticos adotaram um modelo de supremacia da Constituição, interpretada por um tribunal supremo ou constitucional, dotado de poder de *judicial review*. Representou a vitória do modelo americano de constitucionalismo sobre a alternativa europeia de supremacia do Parlamento. Tais tribunais podem declarar a inconstitucionalidade de atos do Legislativo e do Executivo, tendo como uma de suas principais funções arbitrar as tensões que muitas vezes existem entre constitucionalismo e democracia, ou seja, entre direitos fundamentais e soberania popular. Cabe a esses tribunais proteger as regras do jogo democrático e os direitos de

todos contra eventuais abusos de poder da maioria. Em muitas partes do planeta, eles têm sido um importante antídoto contra o autoritarismo.¹⁶⁶

Como esclarecemos no Terceiro Capítulo, as ameaças contemporâneas aos regimes democráticos defluem, em um novo paradigma, dos processos de erosão democrática, originados a partir da ascensão ao poder político de agentes ou grupos (i.e., partidos políticos) que, utilizando-se de maiorias previamente conquistadas, põe-se a erodir as bases que fundam o regime democrático constitucional.

Nesse cenário, parece-nos imprescindível à democracia constitucional possuir uma espécie de salvaguarda, de trincheira para estabelecer até onde a vontade da maioria pode caminhar, não a permitindo avançar sobre os pilares que a sustentam, constantes do pacto constitucional anteriormente instituído. Surge, logo, a necessidade de funcionamento de um agente institucional limitador do poder político e dotado de função e capacidade contramajoritárias, que atue como contraposição à vontade da maioria.

Alexander Bickell, no contexto do *common law* norteamericano, trata sobre o papel contramajoritário que possuem as cortes constitucionais, afirmando que

[...] o *judicial review* é uma força contramajoritária em nosso sistema. Há muitas formas de se mascarar esta realidade. Marshall o fez quando tratou da imposição, em nome do povo, de limites que ele construiu para as instituições de um governo limitado. E assim vem sendo feito desde então por muitos doutrinadores. O próprio Marshall havia seguido Hamilton, o qual no Federalista n.º 78, negou que o *judicial review* implica superioridade judicial sobre o Poder Legislativo – negando, em outras palavras, que ele constitui um controle por uma minoria não representativa sobre a maioria eleita. “Assumimos”, dizia Hamilton, “que o poder do povo é superior a ambos; e que quando a vontade legislativa, declarada nos estatutos coloca-se em oposição à vontade popular, declarada na Constituição, os juízes devem ser governados pela última e não pela primeira”. Contudo, a palavra “povo” é usada de forma notadamente abstrata, não necessariamente sem sentido ou de forma perniciosa, desprovida de emoção e sem representar algo sólido, tratando-se de uma abstração a obscurecer o fato de que quando a Suprema Corte declara a inconstitucionalidade de uma lei ou ato do Executivo, ela frustra a vontade dos representantes do povo real do aqui e agora; ela exercita controle,

¹⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. Populism, authoritarianism, and institutional resistance: Constitutional Courts in the game of power. *Texas International Law Journal*, Austin, v. 57, n. 3, p. 259-285, 2022. Tradução nossa.

não em nome da maioria prevalecente, mas contra ela. Isso, sem implicações místicas, é o que realmente acontece.¹⁶⁷

Abboud, tratando sobre a realidade brasileira, realça a função limitativa do poder majoritário exercida por cortes constitucionais, notadamente na proteção a direitos fundamentais que são sindicáveis pelas minorias, inclusive perante as maiorias ocasionais:

Dessarte, a jurisdição constitucional deve ser funcionalizada como instrumento de caráter jurisdicional que possa limitar o poder da maioria em relação à minoria.

De forma geral, podemos afirmar que os direitos fundamentais possuem duas funções principais: limitação do Poder Público e proteção contra a formação de eventuais maiorias dispostas a suprimir ou mitigar algum direito fundamental.

Sendo assim, é facilmente perceptível que os direitos fundamentais constituem primordialmente uma reserva de direitos que não pode ser atingida pelo Estado (Poder Público) ou pelos próprios particulares.

Na realidade, os direitos fundamentais asseguram ao cidadão um feixe de direitos e garantias que não poderão ser violados por nenhuma das esferas do Poder Público. Os referidos direitos apresentam dupla função: constituem prerrogativas que asseguram diversas posições jurídicas ao cidadão, ao mesmo tempo em que constituem limites/restrições à atuação do Estado.

Hodiernamente, a existência e a preservação dos direitos fundamentais são requisitos fundamentais para se estruturar o Estado Constitucional, tanto no âmbito formal quanto material.

Além de sua importância como instrumento de limitação do Poder Público, os direitos fundamentais exercem forte função contramajoritária. Assim, ter direito fundamental assegura a existência de posição juridicamente garantida contra as decisões políticas de eventuais maiorias políticas.

Nesse ponto é que se adquire, vamos dizer assim, a razão de existir da jurisdição constitucional: afinal, quem poderá assegurar proteção a um direito fundamental contra uma agressão praticada pela maioria da sociedade? Ora, a resposta, até recentemente, parecia óbvia: no Brasil seria o Judiciário, mais precisamente o STF.¹⁶⁸

Por certo, o caráter contramajoritário de cortes constitucionais não se trata de um axioma. Em 1957, Robert Dahl, em artigo denominado *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*¹⁶⁹ analisou empiricamente as declarações de inconstitucionalidade até então promovidas pela Suprema Corte Norte-Americana, diagnosticando que, em verdade, a principal função daquele tribunal foi legitimar políticas aprovadas e adotadas pelos governantes, com decisões usualmente alinhadas às preferências da

¹⁶⁷ BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**. 2. ed. Yale: Yale University Press, 1986.

¹⁶⁸ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 474.

¹⁶⁹ DAHL, Robert A. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a National Policy-Maker. **Journal of Public Law**, Atlanta, n. 6, p. 279-295, 1957.

maioria política que se situava no poder. Também, Dahl identificou casos de decisões de validação de políticas em temas não consensuais, que não contavam com apoio de uma coalizão política estável, mas que, contudo, eram apoiadas com relativo consenso dos líderes políticos sobre o teor da medida.

Assim sendo, Dahl coloca as cortes constitucionais, e, em sua realidade política, a Suprema Corte Norte-Americana, como um ator político, um autêntico *policy-maker*, absolutamente permeável à vontade majoritária, e com reduzido papel para conter as maiorias ocasionais. O diagnóstico de Dahl é compartilhado, mais modernamente, por Rodrigo Mudrovitsch,¹⁷⁰ para quem os membros das Cortes Constitucionais não estão alheios ou atuam de forma independente ao poder político, podendo o último capturar os tribunais para deles se servir como um mecanismo de legitimação de poder.

Com efeito, o uso de Cortes Constitucionais como mecanismos de validação e legitimação da vontade governamental, inclusive abusiva, foi diagnosticado por David Landau e Rosalind Dixon, em artigo denominado *Abusive Judicial Review: Abusive Borrowing by and of Constitutional Courts*.¹⁷¹ Nele, os autores anotam que cortes constitucionais podem ser aparelhadas ou tornar-se coniventes com agentes políticos incumbentes, inclusive de viés autocrático, servindo como instrumento de legitimação de regimes políticos não democráticos, falhando em proteger a democracia constitucional.

Portanto, a simples existência de uma corte constitucional certamente não é panaceia e sempre servirá para que se iniba o exercício abusivo da vontade majoritária, bem como não há segurança ou certeza qualquer de que ela, empiricamente, atuará de maneira contramajoritária. Inclusive, a composição das Cortes Constitucionais, no modelo brasileiro, resulta de modelo de investidura que empodera os agentes submetidos ao sufrágio político-eleitoral, pelo que as suas escolhas tendem logicamente a refletir a vontade das maiorias políticas, que, por evidente, caso se

¹⁷⁰ MUDROVITSCH, Rodrigo. **Democracia e governo representativo no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 15.

¹⁷¹ LANDAU, David; DIXON, Rosalind. Abusive judicial review: courts against democracy. **UC Davis Law Review**, 53, n. 3, p. 1313-1388, Feb. 2020. p.1313

tornem perenes, certamente também lograrão obter maiorias nas cortes constitucionais, ainda que sem necessariamente majorar sua composição.

Sem embargo, também não nos parece que um regime democrático possa apenas confiar na autocontenção por parte dos poderes políticos, prescindindo a existência de um órgão institucional, dotado de independência, que esteja, apto a (pelo menos tentar) assegurar a autonomia do Direito e da ordem constitucional, em proteção ao regime democrático. A corte constitucional possui, tão logo, um importante papel, quando menos, de *potencial contraposição* ao poder político eleito, servindo, entendemos, como um mecanismo de freios e contrapesos, preservando a autonomia e supremacia do Direito.

Cezar Saldanha Souza Junior vai além, e defende a existência de um tribunal constitucional como um Poder estatal autônomo, atuante em um arquétipo de controle de constitucionalidade abstrato, o qual seria uma *conditio sine qua non* para se assegurar a juridicidade do Poder Judiciário e, junto com ela, a própria supremacia do Direito:

O Tribunal Constitucional foi a instituição inventada no século XX para justamente atender os desafios da nova fase do constitucionalismo que esboçava seus passos em Weimar. Com a evolução do segundo pós-guerra, no sentido de uma Constituição de valores mínimos, esse Tribunal triunfa definitivamente. É a marca registrada do tipo de Estado Social que se estabeleceu na Europa Ocidental nos últimos cinquenta anos. O Tribunal Constitucional é ao mesmo tempo causa e consequência do diálogo entre o direito constitucional e os valores éticos do convívio sociopolítico.

Começando pela síntese de todos os desafios, sem uma jurisdição constitucional, da qual o Tribunal Constitucional é o instrumento mais evoluído, não há falar em supremacia do direito, menos ainda em controle de constitucionalidade, nem, rigorosamente, em verdadeiro direito constitucional. Mais, o Tribunal Constitucional, assumindo explicitamente sua natureza política, está viabilizando e conduzindo, diante de nosso olhar atônito de juristas mais maduros, neste momento da evolução da Supremacia do Direito, o delicadíssimo trânsito do *Rechtsstaat* para o *Verfassungsstaat*. É a cultura jurídica ocidental em seu supremo esforço de aproximar, quase identificando, a axiologia da Constituição com o essencial da axiologia jurídica, incessantemente renovada no filosofar cotidiano do direito enquanto experiência concreta da razão prática. Estamos cada vez mais convencidos: sem Tribunal Constitucional especializado e concentrador da jurisdição constitucional não seria possível o *Verfassungsstaat*. Dizendo de outra forma, a tentativa de implantá-lo num sistema difuso de controle de constitucionalidade

destruiria, por sobre-dose política, a juridicidade do poder judiciário e, junto com ela, a própria supremacia do Direito.¹⁷²

Logo, a jurisdição constitucional – certamente carecedora de desenvolvimentos visando à sua contínua despolitização, como clamado pelo autor –, é, em nossa visão, importante trincheira de proteção à democracia, mais notadamente em contextos de erosão democrática. Não por outra razão, compreendemos, agentes autocráticos hodiernos buscaram limitar sua atuação ou aparelhá-la, tentando desvitalizar esta barreira às suas pretensões de erodir a democracia. Os exemplos húngaro e polonês são ilustrativos.

Na Hungria, a Constituição de 2011, aprovada pelo partido político Fidesz, promoveu alterações na estrutura judicial que serviram para inibir a atuação da corte constitucional como um efetivo mecanismo de freios e contrapesos ao poder político majoritário, como apontado por Ginsburg & Huq (2018):

Em 2010, entretanto, o Fidesz voltou ao poder vencendo o enfraquecido partido socialista na primeira eleição após a crise financeira global. Não obstante o Fidesz tenha obtido apenas 53% dos votos, ele assegurou 68% dos assentos legislativos disponíveis, graças a um sistema eleitoral desenhado para evitar fragmentação legislativa e governos divididos. [...] No poder, o Fidesz rapidamente explorou sua maioria de dois terços para produzir uma nova Constituição. A Hungria nunca havia tido uma Constituição pós-Guerra Fria, mas havia emendado massivamente seu documento da era comunista. Aprovada em 25 de abril de 2011, por voto partidário estrito, e sem referendo popular, a nova constituição mudou dramaticamente a forma e a substância da política húngara. Consideremos seus efeitos nas instituições responsáveis por proteger os direitos liberais de expressão e associação, e de impor a observância do *rule of law*. A nova Constituição alargou a corte constitucional, imediatamente possibilitando ao Fidesz realizar indicações. Ademais, enquanto a Constituição anterior previa uma jurisdição *actio popularis*, na qual quando qualquer um podia contestar a constitucionalidade de leis, a nova Constituição limitou sensivelmente o acesso à Corte. Em 2013, a Constituição foi emendada para anular todas as decisões da corte constitucional anteriores à sua promulgação, incluindo uma miríade de decisões que eram consideradas como modelos de ativismo judicial progressista nos anos 1990. A Constituição também criou um Gabinete Nacional do Judiciário, imediatamente controlado pelo Fidesz, com poderes amplos não apenas para escolher os casos a serem julgados, como também para controlar as distribuições dos casos no Poder Judiciário.¹⁷³

¹⁷² SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder**: uma nova teoria da divisão de poderes. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002. p. 109-110.

¹⁷³ GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. **How to Save a Constitutional Democracy**. Chicago: The University of Chicago Press, 2018. p. 68-69, tradução nossa.

Sobre a Polônia, desde a eleição do partido nacionalista-conservador Lei e Justiça (PiS) em 2015, houve diversas mudanças controversas no sistema judiciário do país, inclusive no funcionamento do tribunal constitucional. À título exemplificativo, em 2017, foi aprovada uma lei que permitiu ao Primeiro-Ministro polonês demitir juízes do Tribunal Supremo com base em critérios vagos e subjetivos, permitindo ao grupo incumbente cooptar o tribunal constitucional em seu favor. Sobre o ocorrido, ensina Luís Roberto Barroso que

O Tribunal Constitucional da Polónia também passou por adversidades semelhantes, até ser totalmente controlado pelo Partido Lei e Justiça. As tensões entre a Corte e o governo começaram em 2015, quando houve a recusa de convocação de cinco juízes que haviam sido nomeados pela SEJM (Câmara dos Deputados), que estava no fim do mandato. Na sequência, surgiram leis que anteciparam a aposentadoria de juízes, limitaram sua jurisdição, exigiram a supermaioria para a invalidação de leis (a maioria aumentou para 2/3) e, ainda mais grave, deram ao Executivo poder discricionário para publicar ou não as decisões do Tribunal. Em fevereiro de 2020, uma carta aberta assinada por mais de duas dezenas de ex-juízes que haviam integrado o Tribunal, incluindo vários de seus ex-presidentes, denunciavam que ele havia “praticamente sido extinto”.¹⁷⁴

Em resumo, entendemos que a jurisdição constitucional encontra legitimidade democrática, especialmente quando considerada uma concepção de democracia que não está cingida à prevalência da vontade majoritária, servindo a corte constitucional como importante instituição contrária a processos de erosão democrática, exatamente pela conservação da essência democrática da Constituição.

Todavia, por evidente, a atuação da jurisdição constitucional não pode ocorrer de forma ilimitada e irrestrita. Muito pelo contrário, quando a corte constitucional extrapola suas atribuições e competências constitucionalmente delimitadas, passando a agir em contrariedade com o Direito posto ou de forma excessivamente criativa, i.e., atuando de maneira ativista, ela termina por enfraquecer o regime político democrático constitucional, eis que atenta, especificamente, contra dois de seus elementos fundamentais, sejam eles, a separação de Poderes e a estabilidade e previsibilidade do ordenamento jurídico. É o que buscaremos demonstrar.

¹⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. Populism, authoritarianism, and institutional resistance: Constitutional Courts in the game of power. **Texas International Law Journal**, Austin, v. 57, n. 3, p. 259-285, 2022. Tradução nossa.

4.2 O ativismo judicial

Esclarecida a legitimidade da jurisdição constitucional e a sua compatibilidade com o regime democrático – notadamente em sua vertente constitucional –, e tendo sido demonstrado o papel que as cortes constitucionais exercem como instrumentos de contraposição ao legalismo autocrático, cabe-nos agora destacar que esta proteção não pode se converter em ativismo judicial, sob pena de que estas mesmas cortes, a despeito de suas boas intenções, terminem servindo como agentes incrementadores de processos de erosão democrática, não mais atuando como protetoras da democracia constitucional.

4.2.1 *Autonomia do Direito como garantidora de proteção democrática*

Muito dissemos neste trabalho sobre como o movimento constitucionalista foi responsável pela substituição do *rule of man* pelo *rule of law*, assim dizendo, sobre como as revoluções liberais ocorridas no século XVII e XVIII doutrinavam a contenção e organização do poder político pelo Direito, a fim de que normas jurídicas previamente concebidas balizassem e circunscrevessem as políticas governamentais, que não mais poderiam encontrar substrato legitimador único em fontes metafísicas ou em normas de outra natureza.

Em outras palavras, o que o movimento constitucionalista preconizou foi a autonomia do Direito, ou seja, a independência das normas jurídicas da vontade daqueles que detém o poder político, passando as primeiras a viabilizar segurança jurídica e a permitir a criação de justas expectativas a indivíduos, que, nesta nova conjuntura, passam a estar submetidos a um mesmo conjunto conhecido de regras, mutáveis apenas por sua própria vontade e segundo procedimentos democráticos previamente definidos. Buscou-se, também, a separação do Direito frente a outras regras de comportamento não estritamente jurídicas, como o eram a moral, as leis e princípios religiosos, dentre outras que, em cenário de absolutismo, importavam sobremaneira na construção das engrenagens sociais.

Após dois séculos de desenvolvimento, tem-se certo que o *constitucionalismo de terceira geração* – nomenclatura dada ao constitucionalismo pós-bélico por Cezar Saldanha Souza Junior – atribuiu força normativa ao texto constitucional, colocando-o em posição cimeira no ordenamento jurídico estatal, construído um ferramental especificamente destinado a assegurar sua rigidez (inclusive em contrariedade à vontade majoritária), sendo o maior deles o exercício da jurisdição constitucional:

A constituição foi percebida diferentemente ao longo da História do Ocidente. Das origens do Reino Medieval à Revolução franco-americana, o que se poderia considerar constituição era concebido, antes de tudo, como um dado fático, forjado pela história, independente de uma intervenção direta da razão humana. Nessa primeira fase, a constituição é o entrançamento de pactos, costumes e modos de acomodação a conflitos e dominações, esparsamente formalizados, envolvendo, na comunidade, os que detêm autoridade e os que a obedecem. Não chega a formar um direito próprio, específico, distinto do direito comum ao conjunto das relações privadas.

As revoluções liberais do século XVIII é que invocaram a aptidão do direito, enquanto produto da racionalidade humana, para reger, de forma autônoma, também o Estado e a vida política. O Estado pode e deve ser submetido ao direito, um direito específico, suscetível de ser modelado, racionalmente, para atingir fins. Aí está, a nosso ver, o cerne da ideia liberal das revoluções setecentistas: a crença na capacidade do direito para regular e limitar o Estado e a política, por meio de uma lei, a Constituição, que, de alguma forma, provenha autonomamente da representação nacional.

Nessa segunda fase, a Constituição já é direito. Mas é, ainda, um direito político, não um direito plenamente jurídico. Com isso se quer dizer duas coisas. Primeiro e principalmente, que a Constituição, embora direito, carece de força normativa própria, carece de instrumentação, carece de uma jurisdição, que assegure sua eficácia jurídica. A produção dos efeitos esperados das normas constitucionais dependia, basicamente, do *fair play*, do cavalheirismo e da boa vontade, dos protagonistas e das forças políticas envolvidas. E, segundo, decorrência do anterior, a Constituição era simplesmente a lei da vida política em sentido estrito, não um sobredireito, não a lei suprema de todo o ordenamento jurídico. Na segunda década do século XX, começa a delinear-se uma terceira fase. No bojo da escola alemã de direito público, ocorre a Revolução Kelseniana, que ganhou contornos definitivos na Teoria Pura do Direito. Surge uma concepção nova de ordenamento jurídico, piramidal e escalonado, estruturado em bases rigorosamente lógicas, cujo ápice é ocupado pela Constituição, com pressuposto em um postulado da razão teórica. A Constituição sem deixar de ser a lei reguladora da vida política, deveria aspirar agora à elevada condição de: (a) repositório das normas jurídicas supremas; (b) fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico; (c) cabeça de capítulo de todos os ramos do direito; e (d) paradigma para a conformação de todas as normas infraconstitucionais, sob pena de invalidade.

A partir da revolução kelseniana, começa a desenhar-se o direito constitucional em sentido estrito e rigoroso do termo. Um direito que, sem renunciar sua substância política, tenha vocação para a supremacia. Para realizá-la, necessita de instrumentos garantidores de uma eficácia jurídica própria, independentemente da boa vontade dos protagonistas políticos. A imaginação criadora acabou encontrando os meios institucionais para conferir ao direito constitucional força normativa. A peça-chave específica, até então desconhecida e que faltava, veio a denominar-se de Tribunal Constitucional. Uma vez construída e posta em operação, produziu um profundo impacto

sobre a divisão dos poderes, tema de nosso estudo. Esse direito constitucional normativo, fora do âmbito do *common law*, tentou ensaiar, sem êxito, seus primeiros passos com a Constituição de Weimar e, mais particularmente, com a Constituição Austríaca de 1920, projetada por Kelsen. Passado o inverno totalitário na Europa Ocidental e no contexto de uma nova fundamentação do direito, ele veio a triunfar em 1945. Desde aí, o controle de constitucionalidade e seus instrumentos, ou seja, a jurisdição constitucional, paulatinamente, vai deixando de ser vista como uma excentricidade estadunidense. E, numa das maiores revoluções da história do direito continental, torna-se o centro vivo da nova concepção do sistema constitucional.¹⁷⁵

No atual contexto, de eficácia normativa, supremacia e rigidez do texto constitucional, a autonomia do Direito em relação aos detentores do poder – apenas podendo o primeiro ser construído por intermédio de processos legislativos disciplinados previamente pelo texto constitucional –, adquire papel central na organização e ordenação das relações sociais, gerando expectativas que passam a fundar as interações Estado-indivíduo e indivíduo-indivíduo. Eleva-se a autonomia do Direito à condição de substrato pacificador da convivência social e, em certa medida, justificador de quaisquer restrições que sejam necessárias para garanti-la.

Jorge Octávio Lavocat Galvão trata sobre a importância da *autonomia normativa* para a boa convivência entre indivíduos que, em uma sociedade plural, invariavelmente pensam de maneira diferente. Aponta o autor que

Ao se editar uma norma jurídica em uma sociedade plural por meio de uma decisão emanada do processo democrático, estabelece-se uma relação de compromisso mútuo entre o Estado e os indivíduos. Ao mesmo tempo em que não é facultado àquele modificar seu entendimento sobre determinado tema sem submetê-lo ao trâmite político, aos indivíduos é exigido o dever de observância ao que foi decidido pela maioria, independentemente dos pontos de vista pessoais. Esse esquema, entretanto, não deve ser entendido como forma de opressão de uma minoria que saiu perdedora nas urnas, mas como possibilidade de agir coletivamente em uma situação de dissenso. A menos que uma parcela da população saia sistematicamente vencida, seja por vício do processo ou por discriminação, considera-se que a política, como forma de tomada de decisões, trata os indivíduos com dignidade. O que precisa ficar claro é que aparentemente não há alternativa: caso fosse permitido a todos agirem conforme suas próprias razões, seria impossível harmonizar as diversas condutas face ao pluralismo razoável existente. Haveria a anarquia. Por outro lado, caso alguém pudesse fazer prevalecer suas razões por outro meio que não a política majoritária, haveria não a democracia, mas a ditadura. A compreensão do que torna o Estado de Direito um ideal político atrativo exige exatamente a explicitação das virtudes inerentes à gerência da vida coletiva por meio de

¹⁷⁵ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder**: uma nova teoria da divisão de poderes. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.

um ordenamento jurídico que justifique a resignação do cidadão ao deparar com normas contrárias às suas convicções ou interesses.¹⁷⁶

Em uma sociedade multifacetada, a construção de normas jurídicas autônomas e que condicionem as relações sociais se torna primordial, como um elemento apto e imprescindível a viabilizar o convívio social. Não à toa, Virgílio Afonso da Silva caracteriza a Constituição como um “pacto que funda a comunidade política, um pacto que, mesmo que não seja o ideal para cada um dos indivíduos isoladamente considerados, é aceito como essencial para a vida em sociedade, não importa quem, em cada momento específico, exerça o poder”.¹⁷⁷

O Direito e a Constituição surgem como instrumentos autônomos às vontades individual e governamental e cuja autonomia serve para limitar estas mesmas vontades. São a autonomia do Direito e da Constituição que asseguram que todos atuem segundo comportamentos esperados em um determinado espectro social, tornando-se a última, na atual quadra, uma condição para a existência do próprio Estado, como aponta Georges Abboud:

No Estado Constitucional, a Constituição passa a ser a salvaguarda da própria sociedade. Isso porque ela limita a soberania do Estado, ou seja, no constitucionalismo, é impensável qualquer sujeito político amplamente soberano e que não encontre limites no texto constitucional.

Nessa medida, a Constituição é essencial para a vida do Estado, porque sem ela não se saberia quais são os órgãos supremos de um Estado, como se formam, como expressam suas vontades e que limites possuem e, por fim, como se situam os particulares nessa organização política, quais são os seus direitos perante o estado. Daí, atualmente, ser impensável um Estado sem Constituição, bem como uma Constituição sem Estado.¹⁷⁸

Nesta conjuntura de criação de justas expectativas e de juridicização das relações sociais, parece-nos ser o Direito positivo, construído por um texto constitucional autônomo e independente da vontade de determinados agentes ou grupos, que assegura a proteção da democracia. Dizemos, o regime democrático constitucional não mais tem seu destino vinculado à

¹⁷⁶ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito**. 2012. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. DOI: 10.11606/T.2.2012.tde-29082013-113523. Acesso em: 22 ago. 2021. p. 16.

¹⁷⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: EDUSP, 2020. p. 33-34.

¹⁷⁸ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 59.

virtude e a voluntarismos por parte daqueles que detém o poder político, mas, pelo contrário, passa a ser fundado e protegido pela lei positiva e democraticamente construída.

No caso brasileiro, sendo a Constituição Federal o documento político-jurídico que sucedeu um regime político autocrático, e que propôs contrapor-se a ele, sobejam mecanismos de proteção da democracia constitucional e legalmente estabelecidos. Tem-se como exemplo o já mencionado mandado de criminalização à ação de grupos armados que em atentado contra o Estado Democrático de Direito e a impossibilidade de supressão, por meio de emenda constitucional, da separação de Poderes e do voto direto, secreto, universal e periódico e dos direitos fundamentais.

Nossa impressão, portanto, é a de que em conjuntura na qual vige um *rule of law*, como é o caso brasileiro, é o texto constitucional e a legislação infraconstitucional a ele tributária que protegem a democracia constitucional, com sua manutenção não mais dependendo da virtude ou a vontade política de determinados agentes. Todos devem se filiar a um Direito autônomo, dotado de existência própria e independente de voluntarismos políticos, que serve como fiança perene para assegurar que a proteção da democracia não esteja dependente da boa vontade de algum ou alguns agentes, bem como de circunstâncias temporais e sociais específicas.

O que afirmamos, portanto, é que, no que se refere à proteção democrática, o constituinte brasileiro preocupou-se em formatar um arcabouço jurídico sólido, que, como visto, traz concretude aos quatro elementos de nossa democracia constitucional, alocando-os, inclusive, em posição privilegiada como cláusulas pétreas, proibida sua abolição. Tem-se, enfim, que o próprio Direito, respeitada a sua autonomia, é o responsável por proteger a democracia brasileira, o que somente se faz possível, por evidente, caso a norma jurídica não passe a ser subvertida em decisionismos e voluntarismos de caráter abstrato, mutáveis de acordo com o tempo e as circunstâncias.

Lenio Streck aloca a autonomia do Direito como um princípio basilar à interpretação constitucional, precisamente para que se tenha um afastamento ao *rule of man*, e uma

aproximação ao *rule of law*. Para o autor, a autonomia do Direito é sua própria condição de existência, requisito essencial à convivência social fundada em normas pré-estabelecidas e conhecidas:

Cimeiro, este princípio interpretativo abarca vários padrões compartilhados pelo direito constitucional a partir do segundo pós-guerra, denominados de métodos ou princípios, tais como o da correção funcional (designado por Muller como princípio autônomo que veda a alteração, pela instância decisória, da distribuição constitucionalmente normatizada das funções nem por intermédio do resultado dela), o da rigidez do texto constitucional (que blinda o direito contra as convicções revolucionárias acerca da infalibilidade do legislador), o da força normativa da Constituição e o da máxima efetividade (sentido que dê à Constituição a maior eficácia, como sustentam, por todos, Pérez Luño e Gomes Canotilho). Mais do que sustentáculo do Estado Democrático, a preservação do acentuado grau de autonomia conquistado pelo direito é a sua própria condição de possibilidade e por isso é erigido, aqui, à condição de princípio basilar, unindo, conteudisticamente, a visão interna e a visão externa do direito. Trata-se, também, de uma “garantia contra o poder contramajoritário”, abrangendo a garantia da legalidade na jurisdição.

Nesse novo paradigma, o direito deve ser compreendido no contexto de uma crescente autonomização, alcançada diante dos fracassos da falta de controle da e sobre a política. A Constituição é, assim, a manifestação deste (acentuado) grau de autonomia do direito, devendo este ser entendido na sua dimensão autônoma face às outras dimensões com ele intercambiáveis, como, por exemplo, a política, a economia e a moral (e aqui há que se ter especial atenção, uma vez que a moral tem sido utilizada como a “porta de entrada” dos discursos adjudicadores com pretensões corretivas do direito, trazendo consigo a política e a análise econômica do direito; é nesse contexto em que deve ser vista a “retomada” da moral pelo direito, a partir daquilo que Habermas tão bem denomina de cooriginariedade). Essa autonomização dá-se no contexto histórico do século XX, tendo atingido o seu auge com a elaboração das Constituições do segundo pós-guerra.¹⁷⁹

A autonomia do Direito, isto é, não mais estando ele vinculado a subjetivismos, normas de natureza exclusivamente moral, ou dependente da virtude de poucos agentes que sobre ele detêm o monopólio interpretativo, confere a segurança jurídica necessária para a existência de uma democracia, garantidos seus quatro elementos.

E, como veremos, é essa autonomia do Direito, assim como a separação dos Poderes, que são comprometidas pelo ativismo judicial, que, assim sendo, não protege a democracia, senão

¹⁷⁹ STRECK, Lenio. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2018. p. 76-77.

a enfraquece, constituindo uma prática fomentadora e incrementadora de processos de erosão democrática.

4.2.2 *Ativismo como causador de erosão democrática*

O ativismo judicial, segundo as lições de Elival da Silva Ramos, pode ser compreendido como

[...] o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, contudo, que o fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas.¹⁸⁰

Georges Abboud, a seu turno, após digressão sobre as discussões relacionadas ao ativismo judicial, especialmente no contexto norte-americano, conceitua-o como

[...] a atuação dos juízes a partir de um desapego da legalidade vigente (CF + leis) para fazer prevalecer, por meio da decisão, sua própria subjetividade (viés ideológico, político, religioso etc.).

Em termos qualitativos, toda decisão judicial ativista é ilegal e inconstitucional. Por conseguinte, o ativismo judicial, em aspectos funcionais, caracteriza atuação insidiosa do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes, especialmente ao Legislativo, uma vez que a decisão ativista suplanta a lei e a própria Constituição.

O ativismo judicial é pernicioso atalho, que se alija do caminho democrático do dissenso e da deliberação política. O juiz ativista pratica política a partir de lugar indevido, qual seja, o espaço da decisão judicial. Essa é uma das razões pelas quais o ativismo judicial é tão procurado e prestigiado em alguns meios. Aquele que obtém decisão ativista consegue atalho para fazer valer seu ponto de vista, sem precisar percorrer os procedimentos propriamente democráticos que cuidam do dissenso político.¹⁸¹

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em tom perceptivelmente crítico, classifica o ativismo judicial como um “fenômeno sociológico que tem profunda repercussão no sistema

¹⁸⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 131.

¹⁸¹ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1.520.

jurídico”,¹⁸² resultado de uma militância no plano dos órgãos judiciais que não se escora em uma doutrina definida e é pouco tributária da democracia. Para o autor, (A) o ativista despreza o Estado de Direito, cujo primeiro princípio é o da legalidade; (B) a declaração de inconstitucionalidade fica à mercê de critérios subjetivos; e (C) o ativismo invade a esfera dos demais Poderes, portanto, da governança, contrariando a separação dos Poderes.

O ativismo judicial deve, segundo tais lições, ser compreendido como a atuação por parte do Poder Judiciário – com destaque no presente trabalho, pelas cortes constitucionais e, no caso brasileiro, para o Supremo Tribunal Federal –, de maneira desassociada ao conteúdo material e aos limites entabulados pelo Direito, atuando o julgador com criatividade excessiva, segundo sua própria visão subjetiva e valorativa, extrapolando o texto legal e afastando-se de interpretações que estejam a ele minimamente vinculadas, o que o fere de morte a autonomia do Direito.

Em outras palavras e de maneira sucinta, o ativismo judicial representa o afastamento do Direito pelo julgador. Assim conceituado, fica evidente que ele é prática antagônica ao constitucionalismo e à própria legalidade que dele deflui, que subverte a autonomia do Direito a fim de convertê-lo em decisionismo de viés notadamente subjetivo, voltando a ação estatal a estar conectada e dependente da virtude (ou ausência dela) de alguns homens, no caso, os julgadores.

Nessa conjuntura, o ativismo judicial atua de forma contrária à democracia constitucional, por enfraquecer dois de seus elementos fundamentais: a existência de um ordenamento jurídico estável e conhecido (i.e., um *rule of law*) – em prejuízo à cultura jurídica que é essencial ao processo democrático –, e a separação de Poderes.

Primeiramente, o ativismo judicial fere de morte a existência de um regime jurídico estável e conhecido, impedindo em absoluto a existência de um *rule of law*, por uma razão evidente: quando o Direito passa a não mais decorrer de interpretação vinculada e (ainda que

¹⁸² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 42. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2022. p. 361-362.

minimamente) aderente aos textos normativos democraticamente construídos, mas somente da criatividade subjetiva dos julgadores, não se conhece ou se pode ter expectativas sobre qual será o tratamento a ser ministrado aos inevitáveis dissensos e controversas sociais, não mais se podendo falar em juridicização do poder e da vida social, ou em segurança jurídica decorrente aplicação do pacto social.

O ativismo judicial faz retornar um *rule of man*, com as virtudes subjetivas (ou sua ausência) novamente predominando na construção social, em prejuízo das normas jurídicas positivas democraticamente construídas e que asseguram proteção contra o arbítrio estatal e individual. É dizer, revive-se um “governo dos homens”, criando-se um contexto de instabilidade que, entendemos, macula a autonomia do Direito, inviabiliza um primeiro elemento da democracia constitucional – a existência de um ordenamento jurídico estável e conhecido – e fomenta a busca por soluções extrajurídicas para resolução de dissensos, prejudicando-se a pacificação social.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em tom notadamente crítico às concepções de Luís Roberto Barroso sobre a doutrina neoconstitucionalista, censura o conteúdo flagrantemente antijurídico do ativismo judicial, ao afirmar que

Esse fenômeno, segundo autor insuspeito, o eminente Min. Luís Roberto Barroso, manifesta-se de três modos principais. São estes: “(1) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente no seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (2) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (3) a imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”.

Tal posicionamento seria motivado por uma “participação mais ampla e intensa na concretização dos valores e fins constitucionais” e importa — reconhece — “numa maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.

Claramente, aí se confessa que: (1) o ativista despreza o Estado de Direito, cujo primeiro princípio é o da legalidade; (2) a declaração de inconstitucionalidade fica à mercê de critérios subjetivos; e (3) o ativismo invade a esfera dos demais poderes, portanto, da governança, contrariando a separação dos poderes.

Demonstra o texto, em suma, que o ativismo judicial é uma militância contra o direito positivo.

O mestre carioca esqueceu-se, porém, de outras manifestações do ativismo.

Uma delas é o abandono nas decisões judiciais de jurisprudência arraigada (e o valor disto a Constituição reconhece ao prever as súmulas vinculantes).

Outra é o “consequencialismo”, ou seja, o descumprimento de norma jurídica, em nome de pretendidas consequências indesejáveis de sua aplicação. Seria este um reflexo do brocardo romano *sumum jus, summa injuria*, mas que, bem manipulado, pode servir de pretexto para todo e qualquer descumprimento da Constituição ou da lei.

E, enfim, não raramente ocorre o “estupro” de preceitos claros, para lhes dar sentido que escapa ao comum dos mortais. E sem mesmo invocar a semiótica, como até ontem pudicamente se fazia.

E nem se fale das decisões fundadas apenas no entendimento do prolator sobre o que ele concebe como “dignidade da pessoa humana”, sem sequer explicar por quê.

Em resumo, todas essas manifestações significam que o ativista põe a sua opinião acima da lei. Ou, de modo velado, por meio de interpretações que negam o significado do texto, a história deste, ou o entendimento comum. Ou, ainda, por modo frontal, criando normas que a Constituição ou a lei não previram. E tem chegado, em matéria penal, à criação de crime por analogia, esquecendo-se do princípio *Nullum crimen sine praevia lege*.

Trata-se, em bom português, de arbítrio. Esquece-se o ativismo da advertência dos romanos: *Legum servi sumus, ut liberi possimus*.¹⁸³

Também, o ativismo judicial, com a substituição do Direito positivo pela vontade de julgadores, atenta contra um segundo elemento da democracia constitucional: a separação de Poderes. Isso porque, ao ser ativista, o julgador se põe a exercer função inauguradora do Direito, a qual, em democracias constitucionais – e certamente no caso brasileiro – não lhe foi originalmente atribuída, mas que, pelo contrário, compete ao Poder Legislativo.

A juridicização do poder político se fez pela construção de um regime jurídico estável e conhecido, no qual foi previsto um desenho institucional apto a dividir e contrabalancear as diferentes funções estatais, dificultando-se, destarte, o arbítrio. Já esclarecemos, a separação de Poderes é garantida pelo *rule of law*, ao mesmo tempo em que atua como sua fiadora, assegurando que as funções estatais se vinculem ao Direito posto, coibindo excessos.

Neste sentido, o ativismo judicial atenta contra a separação dos Poderes, pois nada mais é o do a extrapolação de funções e sobreposição de um Poder em relação ao outro. Em específico, o Poder Judiciário, a quem compete julgar controvérsias, subjetivas ou normativas, com fundamento no ordenamento jurídico posto, põe-se a exercer uma jurisdição criativa e desgarrada da lei, atuando como legislador positivo ilimitado, sobrepondo-se à vontade

¹⁸³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 42. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2022. p. 361-362.

parlamentar. No que se refere à jurisdição constitucional, o que antes era um exercício fundamental à democracia constitucional, em especial como garantidor da autonomia do Direito, passa a com ela ser flagrantemente incompatível, passando o tribunal constitucional a atuar como um poder ilimitado, cuja posição cimeira no ordenamento torna as decisões praticamente ilimitadas.

O ativismo judicial faz surgir também um contexto em que a militância democrática perante o Parlamento – tão cara ao conceito de democracia construído, por exemplo, por Hans Kelsen,¹⁸⁴ viabilizadora do atingimento de soluções de compromissos entre maiorias e minorias – seja substituída por *lobbies* judiciais e mecanismos para convencimento dos julgadores, e pior, vinculados a critérios muitas vezes não jurídicos, criando-se um atalho ao processo democrático majoritário, o que, por evidente, não se pode fazer sem prejuízo à própria democracia. Perde-se, destarte, a confiança no regime democrático, passando a ser privilegiadas outras soluções para os casos de dissenso, inclusive aquelas ofertadas por visões *neautocráticas*, como as que antes diagnosticamos.

Assim, entendemos que o ativismo judicial é um fenômeno social que atenta diretamente contra dois dos elementos fundantes da democracia constitucional: o *rule of law* e a separação de Poderes. E ao assim fazê-lo, tal prática, ao invés de proteger a democracia constitucional, termina por contribuir com sua erosão.

Como adiantamos em nosso Capítulo introdutório, em contextos de crises democráticas e de ameaças à democracia advindas principalmente dos Poderes submetidos à disputa político partidária, há aqueles que clamam por uma intervenção mais contundente por parte do Poder Judiciário, visando a que ele, na condição de órgão independente da vontade política majoritária, obste avanços autocráticos. O que nos parece é que tais defensores do “ativismo democrático” olvidam que a mesma prática ativista, ao se afastar do Direito – ainda que a pretexto de proteger a democracia – pode, futuramente, servir para sua subversão,

¹⁸⁴ KELSEN, Hans. **A democracia**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

menoscabado o potencial protetivo que, como visto acima, decorre do próprio texto constitucional.

É dizer, ao legitimar-se o ativismo diante de um contexto momentâneo, no qual o Poder Judiciário atua circunstancialmente como um agente contramajoritário e contrário a impulsos autocráticos, está-se legitimando o enfraquecimento do próprio Direito. E este enfraquecimento, em novas oportunidades, certamente poderá facilitar que as mesmas cortes constitucionais sirvam como mecanismos de legitimação a regimes autocráticos, como ocorrido em distintos momentos da história, inclusive contemporânea.

Deve-se pontuar, cortes constitucionais podem servir para proteger a democracia, notadamente pela aderência ao Direito positivo, bem como podem atuar para subvertê-la. Tratando sobre recente conjuntura norte-americana, ensinam David Landau e Rosalind Dixon:

Dentro e fora dos Estados Unidos, os tribunais costumam ser vistos como uma das principais defesas contra a ameaça representada pelos novos autoritários. Os juízes são cada vez mais chamados a intervir para proteger a democracia ou se envolver em uma forma de cobertura democrática. Nem todos os esforços de cobertura democrática pelos tribunais serão bem-sucedidos. Mas os tribunais constitucionais podem desempenhar e desempenham um papel importante na proteção da democracia contra a ameaça de retrocesso democrático. Nos Estados Unidos, o otimismo inicial de que a Suprema Corte e os tribunais federais de forma mais ampla desempenhariam esse papel desapareceu com o tempo.

Ao emitir decisões como *Trump v. Havaí*, no qual a Suprema Corte manteve a proibição de viagens do presidente Trump, os críticos argumentam que a Corte abdicou de sua responsabilidade de verificar um presidente perigosamente exagerado e afirmar valores constitucionais. Há uma preocupação crescente entre críticos semelhantes de que o Tribunal não intervirá para impedir outros atos de potencial engrandecimento executivo, como a recente declaração de emergência de Trump para construir um muro na fronteira mexicana. Com base em evidências comparativas, este artigo mostra que o temor manifestado pelos críticos da Suprema Corte — de que ela possa assistir passivamente ao desmantelamento da democracia — é razoável. Mas a perspectiva de os tribunais ficarem de braços cruzados diante de uma ameaça antidemocrática não é realmente o pior cenário. Na verdade, em vários países, pretensos autoritários transformaram os tribunais em armas a seu favor, e não contrárias a mudanças constitucionais abusivas. Em alguns casos, os tribunais confirmaram e, portanto, legitimaram ações do regime que ajudaram os atores a consolidar o poder, minar a oposição e inclinar fortemente o campo eleitoral a seu favor. Em outros casos, eles foram além e atacaram ativamente a democracia, por exemplo, banindo os partidos da oposição, eliminando os limites do mandato presidencial e reprimindo as instituições controladas pela oposição. Rotulamos os ataques intencionais dos tribunais ao núcleo da democracia eleitoral de “revisão

judicial abusiva” e argumentamos que este é um aspecto importante, mas subteorizado, de projetos de erosão democrática.

Os regimes recorrem aos tribunais para realizar seu trabalho sujo porque, ao fazê-lo, se beneficiam das associações que o *judicial review* tem com as tradições constitucionais democráticas e o Estado de Direito. Ter um tribunal, em vez de um ator político, adotando uma medida antidemocrática pode às vezes tornar o verdadeiro propósito da medida mais difícil de detectar e, de qualquer forma, pode diminuir a oposição doméstica e internacional. A natureza da prática de abuso de poder judiciário na revisão, que se disfarça como um exercício legítimo de uma instituição que agora é promovida quase universalmente, torna a prática difícil de prevenir e responder. Nem todas as instâncias de revisão abusiva serão bem-sucedidas e nem todos os tribunais se envolverão (voluntariamente) na prática. Mas, sugerimos, é provável que a prática seja uma parte significativa do kit de ferramentas autoritário daqui para frente.¹⁸⁵

Em igual sentido, Luís Roberto Barroso compreende que as Cortes Constitucionais podem servir para a proteção da democracia, assim como podem ser utilizadas para a sua corrosão, afirmando que, em contextos de erosão democrática, *elas podem ser parte da solução ou do problema*:

Os tribunais supremos e os tribunais constitucionais desempenham um papel decisivo em governos populistas, às vezes para o bem e outras vezes para mal. Quando conseguem preservar sua efetiva independência, funcionam como importante barreira contra o avanço das instituições democráticas. Existem algumas histórias de sucesso em tribunais desempenham esse papel. É verdade, por outro lado, que líderes autoritários buscam capturar ou enfraquecer os tribunais supremos, atacando-os verbalmente e, também, por meio de duas ações concretas replicadas mundo afora: (i) “empacotando” os tribunais com juízes submissos, forçando a abertura de vagas com mudanças nas regras de aposentadoria, impedimentos ou aumento do número de cadeiras; e (ii) aprovação de emendas constitucionais e legislação que retire poderes jurisdicionais e administrativos dos tribunais ou dificulte o seu desempenho. Atores antidemocráticos utilizam essas duas estratégias para colocar os tribunais a serviço dos fins governamentais, beneficiando-se da legitimidade que o aval do Judiciário pode trazer para suas ações. Em alguns países, essas duas estratégias funcionaram, transformando os tribunais em linhas auxiliares do poder político autoritário. Quando isso acontece, eles deixam, por exemplo, de declarar a inconstitucionalidade de emendas, leis e atos que desafiem claramente a Constituição, em razão de sua posição subordinada aos demais poderes.

Ou, em uma situação ainda mais grave, assumem um papel proativo no autoritarismo, banindo partidos de oposição e contribuindo para a perseguição de seus militantes. Resumindo: na luta contra o populismo extremista e antidemocrático, os tribunais supremos e os tribunais constitucionais podem ser parte da solução ou parte do problema.¹⁸⁶

¹⁸⁵ LANDAU, David; DIXON, Rosalind. Abusive judicial review: courts against democracy. **UC Davis Law Review**, 53, n. 3, p. 1313-1388, Feb. 2020.

¹⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. Populism, authoritarianism, and institutional resistance: Constitutional Courts in the game of power. **Texas International Law Journal**, Austin, v. 57, n. 3, p. 259-285, 2022. Tradução nossa.

A prática ativista, tida por alguns como um instrumento de contraposição a iniciativas autocráticas, ao enfraquecer a autonomia do Direito e da cultura jurídica, facilita que, no futuro, cortes constitucionais sejam utilizadas para subverter regimes democráticos constitucionais, os quais, em um cenário de absoluta *degeneração jurídica*, não mais estarão protegidos pela autonomia do Direito e pela juridicidade da atuação estatal.

Sumariando, o ativismo judicial, prática contrária ao Direito, em nenhuma hipótese é protetor da democracia. Pelo contrário, sua verificação traduz-se em diagnóstico de que há erosão democrática, restando enfraquecidos o *rule of law* e a separação dos Poderes, dois dos elementos fundamentais da democracia constitucional.

4.2.3 *Ativismo Judicial x Pluralismo e Debate Democrático*

Tendo investigado a (in)compatibilidade entre ativismo judicial e defesa democrática, esperamos ter demonstrado que a atuação dos juízes em afastamento ao Direito positivo enfraquece a democracia, independentemente do contexto vigente, atrofiando dois de seus elementos fundamentais, sejam eles a autonomia do Direito e a separação de Poderes.

Por fim, concluindo nossos trabalhos, apresentamos breves notas sobre a nossa compreensão de que o ativismo judicial, para além de enfraquecer os citados elementos dogmáticos da democracia constitucional, desfavorece também o desenvolvimento de característica que nos parece a ela fundamental: a capacidade de viabilizar um debate plural, aberto e tolerante, que permite a construção de soluções de compromisso e de convivência entre pessoas heterogêneas.

Como vimos, a democracia, ao menos em sua caracterização constitucional, não pode ser interpretada como simples majoritarismo. Esperamos haver demonstrado que a vontade da maioria, em uma democracia constitucional, resta limitada a certos *standards* intransponíveis, os quais asseguram que os elementos do regime político permaneçam hígidos e preservados, mesmo quando tal maioria se degenera.

Entretanto, deve-se esclarecer que a mesma Constituição que inviabiliza a degradação democrática em mera vontade majoritária – especialmente quando abusiva – estipulando barreiras intransponíveis, é em grande parte construída para viabilizar que todos os indivíduos que compõem o povo possam tomar parte nas deliberações acerca dos rumos sociais, considerados todos os pontos de vista, e promovido um debate plural, que deve marcar as sociedades contemporâneas cada vez mais heterogêneas.

Em outras palavras, a Constituição, ao mesmo tempo em que assegura a manutenção do regime democrático por evitar sua decomposição pelo abuso das maiorias, serve para permitir que diferentes visões de mundo possam ser (democraticamente) discutidas e deliberadas, buscando-se o atingimento de consensos ou, quando não, de compromissos. Constituições servem, enfim, para reger e tornar possível a vida em sociedade, entre indivíduos que, como não se poderia imaginar diferente, pensam de forma notadamente heterogênea, e, muitas vezes, têm de encontrar um caminho comum ou aceitável de construção de compromissos, o que apenas se logra por meio da deliberação democrática, como apontava Kelsen:

O fato de o ponto capital da ação do princípio majoritário não ser maioria numérica está intimamente ligado ao fato de não existir, na realidade social, um domínio absoluto da maioria sobre a minoria, porque a vontade geral, formada segundo o chamado princípio da maioria, não se manifesta sob a forma de *diktat* imposto pela maioria à minoria, mas como resultado da influência mútua exercida pelos dois grupos, como resultante do embate das orientações políticas de suas vontades. Uma ditadura da maioria sobre a minoria não é possível, a longo prazo, pelo simples fato de que uma minoria, condenada a não exercer absolutamente influência alguma, acabará por renunciar à participação – apenas formal e por isso, para ela, sem valor e até danosa – na formação da vontade geral, privando, com isso, a maioria – que, por definição, não é possível sem a minoria – de seu próprio caráter de maioria. Justamente essa possibilidade oferece à minoria um meio para influir sobre as decisões da maioria. Isso vale especialmente para a democracia parlamentar. De fato, todo o procedimento parlamentar, com sua técnica dialético-contraditória, baseada em discursos e réplicas, em argumentos e contra-argumentos, tende a chegar a um compromisso. Este é o verdadeiro significado do princípio da maioria na democracia real.¹⁸⁷

A coexistência de diferentes pontos de vista em um determinado corpo social é da essência do pacto constitucional, a razão última para sua existência enquanto instrumento para

¹⁸⁷ KELSEN, Hans. **A democracia**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 68-69.

dirimir conflitos e regular o convívio entre diferentes ideologias, não raramente contrapostas. Do contrário, fossem uníssonos os pontos de vista na sociedade, sequer ser faria necessária uma Constituição. E disso se extrai que o texto constitucional deve ser aberto a distintos pontos de vista, evitando-se a imposição de uma ideologia específica.

Enfim, Constituições são feitas para regular a vida social entre pessoas que pensam de formas substancialmente diferentes e que têm de encontrar um *common ground*, premissa essencial que se extrai do seminal voto divergente pelo Justice Oliver Wendell Holmes Jr., quando do julgamento do Caso *Lochner v. New York*, em 1905:¹⁸⁸

[...] uma constituição não pretende incorporar uma teoria econômica particular, seja do paternalismo e da relação orgânica do cidadão com o Estado ou do *laissez faire*. Ela é feita para pessoas com pontos de vista fundamentalmente diferentes, e o acidente de acharmos certas opiniões naturais e familiares, ou novas e até mesmo chocantes, não deve concluir nosso julgamento sobre a questão de saber se os estatutos que os incorporam entram em conflito com a Constituição dos Estados Unidos.

Proposições gerais não decidem casos concretos. A decisão dependerá de um julgamento ou intuição mais sutil do que qualquer premissa maior articulada. Mas penso que a proposição que acabamos de formular, se for aceita, nos levará muito longe até o fim. Toda opinião tende a se tornar uma lei. Eu acho que a palavra liberdade na Décima Quarta Emenda é pervertida quando é mantida para impedir o resultado natural de uma opinião dominante, a menos que se possa dizer que um homem racional e justo necessariamente admitiria que o estatuto proposto infringiria princípios fundamentais como eles foram compreendidas pelas tradições de nosso povo e nossa lei. Não é preciso pesquisa para mostrar que nenhuma condenação tão abrangente pode ser passada sobre o estatuto diante de nós. Um homem razoável pode pensar que é uma medida adequada na pontuação da saúde. Homens que eu certamente não poderia considerar irracionais o sustentariam como uma primeira parcela de uma regulamentação geral das horas de trabalho. Se no último aspecto estaria aberto à acusação de desigualdade, acho desnecessário discutir.

Em nosso sentir, quando a corte constitucional se afasta em absoluto do Direito posto, atuando de maneira ativista, ela não apenas o enfraquece debilitando a própria democracia, mas, também, transforma o regime democrático em um jogo de *perdedores e vencedores*, fazendo prevalecer um caráter litigioso da prática jurisdicional, em detrimento à construção de soluções e

¹⁸⁸ Ao julgar o caso *Lochner v. New York*, a Suprema Corte Norte-Americana invalidou uma legislação destinada ao limite de jornadas dos trabalhadores de padarias no Estado de Nova Iorque, ao argumento de que tal legislação violava a liberdade de contratação e seria contrária ao conteúdo material da Constituição naquele país. O voto dissidente, do Justice Oliver Holmes, critica a decisão ao afirmar que nela se privilegiou uma visão de mundo – aquela da maioria dos julgadores – vinculada a uma visão excessivamente liberal relacionada ao modelo econômico do *laissez faire*, imposto por eles como única visão constitucionalmente viável.

consensos no âmbito do Poder Legislativo, *locus* fundamental no qual as decisões sociais são tomadas.

E ao fazê-lo, a corte constitucional imprime caráter beligerante às discussões sociais, contribuindo, em nosso ver, com a polarização e com o surgimento de um contexto político cada vez mais irracionalizado, desincentivando os indivíduos a empreender discussões e debates racionais, nos quais o objetivo não seja o êxito puro e simples, mas o atingimento de soluções consensuais. Inibe-se o desenvolvimento democracia no seio da deliberação parlamentar, como recomendava Kelsen em seu *Essência e Valor da Democracia*.¹⁸⁹ E assim, em contexto de ativismo judicial endêmico, as principais decisões sociais deixam de ser tomadas no seio do Parlamento, *locus* onde é possível o consenso e a composição, para serem resolvidas pelo exercício de jurisdição que, por mais que a ela se atribuam instrumentos participativos, não se faz com o mesmo pluralismo.

Logo, nossa percepção é a de que o ativismo judicial desincentiva o debate racional acerca das inevitáveis controvérsias entre os indivíduos no seio da estrutura parlamentar, contribuindo, a nosso ver, para sociedades menos afetas ao compromisso, cenário que, à toda evidência, vem se escalando e, cada vez mais, contribuindo para os processos de derrocada do regime democrático constitucional que foram por nós estudados.

¹⁸⁹ KELSEN, Hans. **A democracia**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

5 CONCLUSÃO

No presente trabalho, que teve como objeto de estudos o regime político da democracia constitucional – por nós definida como o *regime político em que se observa a existência de um ordenamento jurídico-constitucional estável e conhecido (i.e., segurança jurídica e rule of law), garantida a separação de Poderes e permitida participação e oposição políticas por meio de eleições livres, periódicas e competitivas, com proteção ao exercício de direitos fundamentais* –, buscamos apresentar diagnósticos contemporâneos acerca de uma crise que o acomete, diferenciando os já vetustos colapsos autocráticos da erosão democrática, sendo a segunda um processo paulatino de degradação dos elementos que formam o regime democrático, que vem se verificando em distintas jurisdições.

Sequencialmente, diferenciamos o papel que o Direito possui em cada um desses contextos de crise, esclarecendo nossa posição de que, nas hipóteses de colapso autocrático, seu papel é notadamente preventivo, pouco servindo para reversão – dada a inauguração do Poder Constituinte Originário – ao passo que na erosão democrática, quando externada por meio do legalismo autocrático produtor de reformas constitucionais e legislação infraconstitucional, o Direito exerce um importante papel combativo, com capacidade para reverter tal processo, por meio, principalmente, do exercício do controle de constitucionalidade.

Por fim, no Capítulo final deste trabalho, buscamos demonstrar a compatibilidade entre democracia e constitucionalismo, cuja fusão resulta na democracia constitucional, a qual por certo não prescinde de um órgão independente do processo político partidário que assegure a rigidez constitucional e a não desvirtuação da democracia em simples majoritarismo, especialmente abusivo. Outrossim, buscamos demonstrar como o ativismo judicial é uma prática deletéria à autonomia do Direito e à separação de Poderes, pelo que, indo de encontro à proteção da democracia, serve para erodi-la, enfraquecendo o *rule of law* e a separação de Poderes, levando de enxurrada também a cultura jurídica. Finalmente, intentamos demonstrar que o

ativismo judicial se coloca no lado oposto ao debate democrático, servindo para acentuar ainda mais as polarizações e divisões que, atualmente, corroem a democracia.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- ABBOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- ABRANCHES, Sérgio et al. **Democracia em risco?: 22 ensaios sobre o Brasil hoje**. São Paulo: Cia das Letras, 2019.
- ACKERMAN, Bruce. The New Separation of powers. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 113, n. 3, p. 633-729, 2000.
- ACHEN, Christopher H.; BARTELS, Larry M. **Democracy for realists: why elections do not produce responsive government**. Princeton University Press, 2016.
- AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. Constitucionalismo e conceito de constituição. **Revista Direito Público**, Brasília-DF v. 18, n. 98, jul. 2021. DOI: <https://doi.org/10.11117/rdp.v18i98.5583>. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/5583>. Acesso em: 22 ago. 2021.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Manole, 2021.
- BALKIN, Jack M. Constitutional crisis and constitucional Rot. *In*: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). **Constitutional democracy in crisis?** New York: Oxford University Press, 2018.). p. 13-28.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. Populism, authoritarianism, and institutional resistance: Constitutional Courts in the game of power. **Texas International Law Journal**, Austin, v. 57, n. 3, p. 259-285, 2022.
- BARROSO, Luís Roberto. Revolução tecnológica, crise da democracia e mudança climática: limites do direito num mundo em transformação. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, p. 1262-1313, set./dez. 2019. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/429>, 2019.

BERMEO, Nancy. On democratic backsliding. **Journal of Democracy**, Baltimore, v. 27, n. 1, p.5-19, 2016.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**. 2. ed. Yale: Yale University Press, 1986.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BRASIL. Presidência da República. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22 ago. 2021.

BRASIL. **Lei federal nº 1.079, de 10 de abril de 1950**. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1079.htm. Acesso em: 22 ago. 2021.

BRASIL. **Lei federal nº 14.197, de 1º de setembro de 2021**. Acrescenta o Título XII na Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), relativo aos crimes contra o Estado Democrático de Direito; e revoga a Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983 (Lei de Segurança Nacional), e dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14197.htm. Acesso em: 22 dez. 2022.

BRASIL. **Ato institucional n.º 1, de 9 de abril de 1964**. Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm, Acesso em: 11 dez. 2022.

BRASIL. **Ato institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968**. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm. Acesso em: 11 dez. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de emenda à Constituição n.º 35, de 2022**. Altera o art. 102 da Constituição Federal do Brasil para incluir, entre as matérias de competência originária do Supremo Tribunal Federal, o processamento e julgamento dos crimes contra o Estado Democrático de Direito. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9218176&ts=1670879807909&disposition=inline>. Acesso em: 21 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 622**. Plenário. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 01.03.2021. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 dez. 2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2018.

DAHL, Robert A. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a National Policy-Maker. **Journal of Public Law**, Atlanta, n. 6, p. 279-295, 1957.

DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

DAHL, Robert A. **Polyarchy; participation and opposition**. New Haven: Yale University Press, 1971.

DIAMOND, Larry. Facing Up to the Democratic Recession. **Journal of Democracy**, Baltimore, 26, n. 1, jan. 2015. p. 141-55. DOI: <https://doi.org/10.21783/rei.v5i3.429>. Disponível em: <https://www.journalofdemocracy.org/articles/facing-up-to-the-democratic-recession/>. Acesso em: 2 maio 2022.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. The Content of Authoritarian Constitutions. In: GINSBURG, Tom; SIMPSON, Alberto (ed.). **Constitutions in authoritarian regimes**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. cap. 7, p. 141-164. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9781107252523.010>.

FELÍCIO, César. Fiesp e entidades destacam papel do Judiciário na defesa da democracia. **Valor Econômico**, São Paulo, 8 ago. 2022. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2022/08/05/fiesp-e-entidades-destacam-papel-do-judiciario-na-defesa-da-democracia.ghtml>. Acesso em 22 dez. 2022.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia possível**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 42. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2022.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A ressurreição da democracia**. Santo André: Dia a Dia Forense, 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Sete vezes democracia**. São Paulo: Convívio, 1977.

FUKUYAMA, Francis. **The end of history and the last man**. The Free Press: New York, 1992.

FUKUYAMA, Francis. Why is democracy performing so poorly? **Journal of democracy**, Baltimore, v. 26, n. 1, 2015.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito**. 2012. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. DOI: 10.11606/T.2.2012.tde-29082013-113523. Acesso em: 22 ago. 2021.

GINSBURG, Tom; SIMPSON, A. **Constitutions in authoritarian regimes: comparative constitutional law and policy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. **How to save a constitutional democracy**. Chicago: The University of Chicago Press, 2018.

HAGGARD, Stephan; KAUFMAN, Robert. The anatomy of democratic backsliding. **Journal of Democracy**, Baltimore, v. 32, n. 4, p. 27-41, out. 2021. Disponível em: <https://journalofdemocracy.org/articles/the-anatomy-of-democratic-backsliding/>. Acesso em: 2 maio 2022.

HOWARD, P.; HUSSAIN, M. The upheavals in Egypt and Tunisia: the role of digital media. **Journal of Democracy**, Washington, v. 22, n. 3, p. 35-48, July 2011.

HUNTINGTON, Samuel. **A terceira onda: a democratização no final do século XX**. São Paulo: Ática, 1994.

KELSEN, Hans. **A democracia**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **U.C. Davis Law Review**, [United States], v. 47, n. 1, p. 189-26047, Nov. 2013.

LANDAU, David; DIXON, Rosalind. Abusive judicial review: courts against democracy. **UC Davis Law Review**, 53, n. 3, p. 1313-1388, Feb. 2020.

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

LEVITSKY, Steven; WAY, L. **Competitive authoritarianism: hybrid regimes after the cold war**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

LINZ, Juan; VALENZUELA, Arturo. **The failure of presidential democracy**: comparative perspectives. Baltimore: John Hopkins University Press, 1994. v. 1.

LINZ, Juan; VALENZUELA, Arturo. **The failure of presidential democracy**: comparative perspectives. Baltimore: John Hopkins University Press, 1994. v. 2.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, I. **The American Political Science Review**, Cambridge, v. 31, n. 3, p. 417-432, June 1937.

DOI: <https://doi.org/10.2307/1948164>.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, II. **The American Political Science Review**, Cambridge, v. 31, n. 4, p. 638-658, June 1937. DOI: <https://doi.org/10.2307/1948103>.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. 2.ed. Barcelona: Ariel, 1970.

LUTTWAK, Edward. **Coup d'État**: a practical handbook. Revised Edition. Mass: Harvard University Press, 2016.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander, JAY, John. **Os artigos federalistas**: 1787 – 1788. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MAFEI, Rafael. **Como remover um presidente**: teoria, história e prática do impeachment no Brasil. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

MANGABEIRA, João, BARBOSA, Francisco de. **Idéias políticas de João Mangabeira**. Rio de Janeiro: Senado Federal; Fundação Casa de Rui Barbosa, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político no contexto da erosão da democracia representativa**. Lisboa: Almedina, 2017.

MUDROVITSCH, Rodrigo. **Democracia e governo representativo no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Tradução: Cássio de Arantes Leite, Débora Landsberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

OLIVEIRA, Germano. Brasileiros do ano 2022: o fiador da democracia. **Istoé**, São Paulo, 22 dez. 2022. Disponível em: <https://istoe.com.br/o-fiador-da-democracia/>. Acesso em: 9 jan. 2023.

PARETO, Vilfredo. **A Transformação da Democracia**. Coimbra: Almedina, 2019.

PONTES, João Gabriel Madeira. **Democracia militante em tempos de crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

POPPER, Karl. **The open society and Its enemies: the Spell of Plato**. Londres: Routledge, 1945. v. 1.

RAMOS, Elival da Silva. **A ação popular como instrumento de participação política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. Direito constitucional comparado e crise institucional brasileira. *In*. MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; LOULA, Maria Rosa (coord.). **Direito Internacional e comparado: trajetória e perspectiva: homenagem aos 70 anos do Professor catedrático Rui Manuel Moura Ramos**. São Paulo: Quartier Latin, 2021. v. 2. p. 97-118.

ROCHA, Luiz Alberto G. S. Rocha. Ação popular como mecanismo de controle democrático. *In*: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; LEAL, Roger Stiefelmann (coord.). **A nova constituição de 1988?** Santo André: Dia a Dia Forense, 2021. p. 161-190.

ROUSSEAU, Jean-Jacques **Do contrato social**. Tradução: Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores, 2002. Disponível em: www.jahr.org.

SARLET, Ingo W.; MITIDIERO; DANIEL; MARINONI, Luiz G. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

SARTORI, Giovanni **A teoria da democracia revisitada: as questões clássicas**. São Paulo: Ática, 1994. v. 2.

SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic legalism. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 85, n. 2, p. 545-583, mar. 2018.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. São Paulo: Ed. da UNESP, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: EDUSP, 2020.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão de poderes**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Democracia Militante e jurisdição constitucional anticíclica**. Jota, São Paulo, 16 maio 2020. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/democracia-militante-e-jurisdicao-constitucional-anticiclica-16052020>. Acesso em: 13 dez. 2022.

STRAUSS, David. Law and the slow-motion emergency. *In*: SUNSTEIN, Cass (org.). **Can It Happen Here? Authoritarianism in America**. New York: Dey St. [2018].

STOLLEIS, Michael. Judicial Interpretation in Transition from the ancien régime to constitutionalism. *In*: Morigiwa Yasutomo, Michael Stolleis e Jean-Louis Halpérin (org.). **Interpretation of Law in the Age of Enlightenment: From the Rule of Kings to the Rule of Laws**. Londres: Springer, 2011. p. 3-17.

STRECK, Lenio. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2018. p. 73-90.

STRECK, Lenio L. **Jurisdição constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SUNSTEIN, Cass (org.). **Can It Happen Here? Authoritarianism in America**. New York: Dey St. [2018].

THORNHILL, Chris. **Crise democrática e direito constitucional**. Tradução Diógenes Moura Breda, Glenda Vicenzi. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Campinas: VIDE Editorial, 2019.

TUSHNET, Mark V. Authoritarian constitutionalism. **Harvard Public Law Working Paper**, n. 13-47, Dec. 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2369518>. Acesso em: 9 set. 2021.

TUSHNET, Mark V. Constitutional Hardball. **John Marshall Law Review**, [United States], v. 37, n. 2, p. 523-554, Winter 2004.

VANOSSI, Jorge Reinaldo. Uma visão atualizada do poder constituinte. **Revista de Direito Constitucional e Ciência Política**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 11-25, jul., 1983.

VIEIRA, Oscar Vilhena, GLEZER, Rubens, BARBOSA, Ana Laura Pereira. Supremocracia e infralegalismo autoritário: o comportamento do Supremo Tribunal Federal durante o Governo Bolsonaro. **Novos estudos CEBRAP**, v. 41, n. 3, p. 591-605, 2022. DOI: <https://doi.org/10.25091/501013300202200030008>.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, New Haven, n. 115, n. 6, p. 1346-1406, Apr. 2006.