



Gardesani: Retrocesso democrático e constitucionalismo abusivo

As democracias evoluem e, após certo tempo, começam a retroceder. Essa foi a constatação do cientista político Leonardo Avritzer, que utilizou a expressão "pêndulo da democracia", para se referir a períodos de entusiasmos democráticos, que logo são substituídos por uma visão antidemocrática, em que os cidadãos passam a não mais considerar a democracia como algo essencial [1]. A perspectiva de Avritzer demonstra a tendência pendular da democracia brasileira, que segue em uma direção, regressando, em seguida, à direção oposta, promovendo, com isso, a alternância entre períodos



A tese de Avritzer, sobretudo em *O pêndulo da democracia*

[2], se fundamenta em uma análise feita pelo autor do período histórico compreendido entre os anos de 1945 e 2018, quando o Brasil oscilou processos de aprimoramento (1946 a 1964 e 1985 a 2013) e depreciação (1964 a 1985 e 2013 a 2018) dos valores e instituições democráticas. Na sequência, o autor se concentrou no período pós-Constituição de 1988 e em fatores que densificaram a crise democrática no cenário atual: o ativismo judicial e o debate político nas redes sociais. Atribuiu a dinâmica pendular da democracia brasileira ao sistema econômico marcado pelo privilégio político, à não modernização e não democratização do Poder Judiciário e à dificuldade de implementação dos direitos civis.

É bem verdade que, nas últimas décadas, vive-se no Brasil um cenário de distanciamento entre o cidadão e a classe política, ficando cada vez mais latente o sentimento de descrença popular nos agentes políticos. Alguns fatores podem ser elencados como causas e consequências da corrosão democrática, como o jogo de interesses pessoais dos parlamentares, a excessiva influência dos setores econômicos na eleição de representantes políticos, a falta de fidelidade à ideologia eleitoral, fatos que levam, cada vez mais, o cidadão a buscar alternativas em relação à política tradicional.

O fenômeno pendular da democracia a que se refere Avritzer não se limita ao Brasil, pois, nos últimos trinta anos, apesar de as democracias também prosperarem no leste europeu, com o fim da URSS; na África, com a independência de muitos países; e em toda a América Latina, com o término das ditaduras, também ocorreram recessos democráticos e constitucionais, em maior ou menor velocidade, notadamente por meio das violações a direitos fundamentais, como ataques à imprensa e restrições à liberdade de expressão, difusão de discursos de ódio e de notícias falsas (*fake news*) e ofensas às instituições democráticas [3].



O "constitucionalismo abusivo" constitui uma espécie de retrocesso constitucional. Trata-se de fenômeno descrito pela doutrina constitucional e caracterizado pela utilização indevida, por Estados aparentemente democráticos e constitucionais, de mecanismos do direito constitucional para atacar e destruir as estruturas da democracia constitucional e das bases filosóficas do constitucionalismo, notadamente a ideia de pluralismo.

O conceito de constitucionalismo abusivo (*abusive constitutionalism*) [4] foi cunhado por David E. Landau, advogado norte americano e professor da Faculdade de Direito da Universidade Estadual da Flórida, como "*o uso de mecanismos de mudança constitucional para tornar um Estado significativamente menos democrático do que era antes*" [5]. Em outras palavras, o constitucionalismo abusivo tem por escopo a deturpação da democracia e do direito constitucional, sem a necessidade de golpes de Estado. É o que Scheppele chama de *constitutional coups* ("golpe constitucional"), pois "*não há ruptura na legalidade, em nenhum momento o governo faz algo formalmente ilegal para atingir os objetivos desejados*" [6]. Prossegue Scheppele enfatizando que, por meio de uma série de movimentos perfeitamente legais, "*os líderes constitucionalmente desonestos de um Estado podem obter um resultado substancialmente anticonstitucional, incluindo, no caso extremo, transformar um Estado à vista de uma democracia constitucional para uma autocracia, parecendo honrar a Constituição o tempo todo*" [7]. Ao se referir a "mecanismos de mudança constitucional" como meios para depreciar os valores democráticos, Landau tem em mente os métodos formais de mudança da Constituição ou seja, a emenda constitucional ou a substituição constitucional [8]. Essa modalidade nociva de abuso constitucional recebe o nome de "constitucionalismo abusivo estrutural" [9]. Por meio dela, emendas à constituição e novas constituições são adotadas com o objetivo de manter determinado grupo político no poder. Contudo, ao lado dessa prática, instituições democráticas, o Estado de Direito e técnicas constitucionais também podem ser empregadas em desconformidade com as diretrizes do direito constitucional, quando então, fala-se em "constitucionalismo abusivo episódico" [10]. Entendem Barboza e Robl Filho que, no Brasil contemporâneo, não existe casos de constitucionalismo abusivo de natureza estrutural, mas apenas episódico, mediante a "utilização de alguns mecanismos previstos na Constituição Federal de 1988 contra aspectos do Estado Democrático de Direito" [11]. Citam, como exemplo, a ocorrência de dois processos de *impeachment* em menos de 30 anos (contra Fernando Collor, no final de 1992 e contra Dilma Rousseff, em 2015-2016), o que evidenciaria a fragilidade da nossa democracia.

Observe-se, portanto, que os abusos constitucionais ocorrem em virtude da desarticulação do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), na medida em que as interferências, os controles e a fiscalização recíproca entre os poderes são sistematicamente enfraquecidas e neutralizadas.



Landau apresenta alguns alvitre destinados a limitar o constitucionalismo abusivo, dentre os quais podemos mencionar a *unconstitutional-constitutional amendment doctrine* ("doutrina da emenda constitucional inconstitucional"), que traduz a ideia de que uma emenda pode ser substantivamente inconstitucional em determinadas condições; as *replacement clauses* ("cláusulas de substituição"), ou seja, a delimitação constitucional das hipóteses em que a Constituição poderia ser substituída; a atribuição às Cortes Constitucionais de poderes para "validar" ou "chancelar" uma nova Constituição; e até mesmo a institucionalização de mecanismos internacionais destinados ao controle do constitucionalismo abusivo em determinado Estado [12].

Uma outra alternativa que exsurge contra o constitucionalismo abusivo e que não é indicada no estudo de Landau, é a denominada "vontade de Constituição", termo cunhado por Konrad Hesse, em sua obra *Força Normativa da Constituição*, que significa que o conhecimento da Constituição, por parte do cidadão e dos seus representantes políticos, pode desacelerar o crescimento dos abusos constitucionais. A vontade de que sejam respeitados e cumpridos os preceitos constitucionais deve prevalecer sobre qualquer tentativa de retrocesso constitucional, especialmente de constitucionalismo abusivo. Segundo Hesse, "*compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung), que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa*" [13]. A "vontade de Constituição", nos dizeres do mestre do Direito Constitucional alemão, tem o grande mérito de assegurar a força normativa da Constituição, garantindo, com isso, a eficácia e a aplicabilidade fática das normas constitucionais, assim como sua correta interpretação.

Destaca Hesse que a "vontade de Constituição" decorre de três fatores. O primeiro baseia-se na "*compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e uniforme*" [14]. Desse modo, a consciência por parte do povo e dos seus representantes políticos, do relevante valor de uma ordem constitucional sólida, tenderia a afastar os arbítrios e os nefastos efeitos do constitucionalismo abusivo. O segundo consiste na compreensão de que "*essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação)*" [15]. Finalmente, o terceiro, assenta-se na consciência de que "*essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana*" [16], isto é, a ordem constitucional somente terá sua vigência assegurada por meio de atos volitivos, especialmente dos líderes constitucionais e dos responsáveis pelo processo constitucional. Complementa Hesse, que a não percepção por parte do cidadão e dos líderes políticos de que a vida do Estado, assim como a vida humana, não está abandonada à "*ação surda de forças aparentemente inelutáveis*", representaria "*um perigoso empobrecimento de nosso pensamento*" [17].



A "vontade de Constituição" implicaria na retomada de uma democracia do tipo participativa, que permitiria o acesso do cidadão às instâncias decisórias da política e a realização de um amplo debate público caracterizado pela pluralidade de ideias, bem como a tomada de consciência, tanto por parte dos cidadãos, como também dos governantes, das três vertentes apontadas por Hesse, para que a vontade de cumprimento dos preceitos constitucionais se materialize. Demais disso, a efetiva participação popular, além de promover a cidadania, representaria uma forma benéfica de implementar mecanismos destinados a impor barreiras e conter os avanços dos retrocessos democráticos e do constitucionalismo abusivo, evitando desmandos de governos descompromissados com a Constituição e garantindo o respeito ao Estado democrático de Direito.

[1] Nas palavras de Avritzer, o "pêndulo da democracia" consiste na *"oscilação política pela qual passa a política brasileira entre certos períodos históricos nos quais elites e massas partilham um forte entusiasmo democrático e outros momentos em que a classe média adota uma visão antidemocrática, alinhada com as elites, e muitos setores populares aderem à rejeição da política ou à antipolítica"* (*O pêndulo da democracia*. São Paulo: Todavia, 2019. p. 16).

[2] O autor também se debruçou sobre o tema da crise democrática no Brasil em "O pêndulo da democracia: uma análise da crise 2013-2018". *In: Novos estudos CEBRAP*. São Paulo, v. 37, n. 2, mai./ago., 2018. p. 273-289; e *Impasses da democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

[3] O movimento do pêndulo da democracia de uma ponta a outra, encontra-se associado à mudança de geração. Em geral, uma geração se distancia da predecessora por um período de 20 a 30 anos, aproximadamente. Cada geração é constituída por peculiaridades que a tornam única. Dessa forma, transformar a sociedade, as políticas e as ideias, sempre representa uma tendência muito forte da nova geração sobre a anterior.

[4] Outros autores adotam expressões diversas para se referir ao mesmo fenômeno: Tushnet fala em *authoritarian constitutionalism* — "constitucionalismo autoritário" (Authoritarian Constitutionalism. *In: Cornell Law Review*. New York: Cornell Law School, v. 393, 2015. p. 451-452) e Varol em *stealth authoritarianism* — "autoritarismo furtivo" (Stealth Authoritarianism. *In: Iowa Law Review*. Iowa: Lewis & Clark Law School Legal Studies Research Paper. v. 100, 2015. p. 1673-1742).

[5] *I define "abusive constitutionalism" as the use of mechanisms of constitutional change in order to make a state significantly less democratic than it was before* (LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *In: Davis Law Review*. University of California, v. 47, 2013. p. 195).



[6] *A constitutional coup is constitutional because there is no break in legality, never a moment when a government does something formally illegal to attain its desired goals (SCHEPPELE, Kim Lane. Constitutional Coups and Judicial Review: How Transnational Institutions Can Strengthen Peak Courts at Times of Crisis (with Special Reference to Hungary). In: Journal of Transnational Law and Contemporary Problems, University of Iowa College of Law. 2014, p. 51).*

[7] *Through a series of perfectly legal moves the constitutionally devious leaders of a state can achieve a substantively anticonstitutional result, including, in the extreme case, transforming a state in plain sight from a constitutional democracy to an autocracy, all the while appearing to honor the constitution (SCHEPPELE, Kim Lane. Ibidem).*

[8] LANDAU, David. *Op. cit.*, p. 195.

[9] Cf. BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz; ROBL FILHO, Ilton Norberto. "Constitucionalismo Abusivo: Fundamentos Teóricos e Análise da sua Utilização no Brasil Contemporâneo". In: *Direitos Fundamentais e Justiça*, Belo Horizonte, n. 39, jul./dez. 2018. p. 84.

[10] *Ibid.*, p. 86.

[11] *Ibid.*, p. 94.

[12] LANDAU, David. *Op. cit.*, p. 231 e seguintes.

[13] HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991. p. 27.

[14] *Ibid.*, p. 19.

[15] *Ibid.*, p. 19.

[16] *Ibid.*, p. 19-20.

[17] *Ibid.*, p. 20.

Date Created

03/04/2022