



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A EROSÃO DOS REGIMES DEMOCRÁTICOS: CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO À
LUZ DA ADPF 622

Débora de Paula Aprígio

Rio de Janeiro
2023

DÉBORA DE PAULA APRÍGIO

A EROSÃO DOS REGIMES DEMOCRÁTICOS: CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO À
LUZ DA ADPF 622

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Ubirajara da Fonseca Neto

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2023

A EROSÃO DOS REGIMES DEMOCRÁTICOS: CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO À LUZ DA ADPF 622

Débora de Paula Aprígio

Graduada pelo Centro Universitário Serra dos
Órgãos de Teresópolis-RJ (UNIFESO).
Bacharel em Direito.

Resumo – A erosão democrática atual é caracterizada por líderes eleitos que minam instituições e direitos fundamentais por meio do constitucionalismo abusivo, utilizando instrumentos democráticos com objetivos autoritários, como ocorreu no nazismo. Para combater essa ameaça, Karl Loewenstein desenvolveu o conceito de "democracia militante" buscando uma atuação mais ativa das instituições diante do preocupante fortalecimento de partidos e de candidatos que, como o ex-presidente Jair Bolsonaro, estão associados à negação de direitos fundamentais e à rejeição da própria ideia de democracia. Um exemplo dessa luta é a decisão na ADPF n. 622 que protegeu a democracia e os direitos fundamentais ao analisar a inconstitucionalidade do Decreto n. 10.003/2019, no qual alterou a composição e o funcionamento do Conanda. O desafio atual é preservar o Estado Democrático de Direito por intermédio de uma mobilização social e institucional que se dá a partir da cooperação social e a diversidade política.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Erosão Democrática. Constitucionalismo abusivo ADPF n. 622.

Sumário - Introdução. 1. Erosão Democrática dos Regimes Democráticos. 2. Decisão do Supremo Tribunal Federal no caso CONANDA: ADPF 622. 3. Formas de combate ao Constitucionalismo Abusivo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O golpe militar foi uma forma de derrubada democrática há décadas em declínio no Brasil. Embora não mais existente no país, o uso de ferramentas constitucionais para criar regimes autoritários e semi-autoritários é cada vez mais predominante. A partir dessa ponderação, o objetivo geral da pesquisa é compreender o processo de Erosão Democrática, partindo do referencial teórico de que se trata de um fenômeno no qual governos se utilizam de institutos que são originariamente concebidos a partir de uma ordem democrática regular e utilizam esses institutos para desvirtuar essa ordem constitucional.

Nessa compreensão, o presente trabalho, utilizando-se de uma abordagem de natureza qualitativa, está estruturado em três seções principais. Na primeira seção, por meio do levantamento bibliográfico, é possível compreender a ocorrência do fenômeno de erosão da democracia nos regimes democráticos e de que modo as regras formais constitucionais estão se mostrando meros escritos em papel contra regimes autoritários ou quase autoritários.

Verifica-se, inicialmente, que esse processo acontece de forma paulatina, a partir de pequenas atitudes, uma espécie de conta-gotas que vão molhando e erodindo o regime democrático, a democracia, ao passo que a própria população muitas vezes não se dá conta e quando percebe já está inserida em um regime antidemocrático. Essa é a razão pela qual algumas constituições ainda parecem democráticas à distância e contêm muitos elementos que não são diferentes daqueles encontrados em outras constituições de natureza liberal.

Já que não acontece de forma abrupta, apresenta-se o constitucionalismo abusivo como uma forma de manifestação desse fenômeno, no qual governos vão ceifando alguns direitos básicos da população, dando um “ar de legalidade” e de democracia quando na verdade não há. Esse acontecimento pode não receber a importância necessária, sendo por vezes tratada como insignificante para o mundo moderno já que não se retira a sua natureza constitucional.

Apesar de considerados avanços, ainda carecem de estudos quanto ao tema voltados ao Brasil, o que justifica a relevância da pesquisa. Sendo assim, na segunda seção, buscando identificar esse incidente no país o delineamento metodológico é o método indutivo, a partir da pesquisa de natureza empírica, realizando, como levantamento de estudo de caso, a análise do Decreto n. 10.003, de 4 de Setembro de 2019, editado à época pelo presidente da República Jair Messias Bolsonaro, no qual alterou a Lei n. 8.242, de 18 de outubro de 1991, que regula as normas sobre a constituição e o funcionamento do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Percebe-se a partir daí que conhecer a Constituição é fundamental para diferenciar o que é funcionamento correto do sistema e o que é interferência indevida. Após a edição desse Decreto os membros do Conselho foram destituídos mesmo estando ainda no curso dos seus mandatos, o que não poderia ocorrer já que esse Conselho foi criado por lei, e por ser assim, ele não pode ser extinto senão por lei. O governo tentou esvaziar o conselho diminuindo o número de assentos da sociedade civil e permitindo sua maior ingerência, violando com isso diversos preceitos constitucionais, como é analisado ao longo da pesquisa.

Já na terceira seção, ainda sob uma abordagem qualitativa e procedimental, são apresentadas possíveis formas de combate ao constitucionalismo abusivo. Fica ainda mais evidente que o papel das instituições, como o Supremo Tribunal Federal no Brasil, é fundamental na resistência e combate a governos que, por meio de práticas autoritárias, ameaçam a democracia e os direitos constitucionais.

Se analisa, ainda, que a resposta a essa crescente ameaça deve ser pautada pela mobilização institucional e social que, em um voto de compromisso, se conscientizem e

resistam na manutenção da ordem constitucional e no fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Por tais razões uma síntese dos principais resultados é apresentada, destacando os aspectos mais relevantes da pesquisa e as principais contribuições oferecidas. Reconhecendo que a democracia não se trata de um trabalho completo e finalizado, e que mudanças constitucionais precisam ser vistas e revistas, também é reforçada a importância de consensos em torno das regras e instituições que estruturam a democracia e asseguram seu funcionamento saudável.

Por via de consequência a metodologia desta pesquisa baseia-se em um levantamento bibliográfico, partindo de uma abordagem que envolve a análise crítica de estudos e publicações anteriores relevantes para o tópico de discussão. Esta revisão será realizada em várias bases de dados acadêmicos, incluindo Google acadêmico, periódicos CAPES, SciELO e Revista dos Tribunais, utilizando os seguintes descritores relacionados ao tópico de estudo: Constitucionalismo Abusivo; ADPF 622 e Erosão Democrática.

A partir de tais descritores foram selecionados 39 artigos, dos quais, observando-se o critério de pertinência temática e contribuição para a área temática em questão, foram excluídos 31, estando composto o referencial da pesquisa por 8 artigos, 3 literaturas, 1 jurisprudência e 4 legislações, incluindo 3 vigentes e 1 revogada. Os materiais selecionados serão submetidos a uma análise de conteúdo para extrair informações pertinentes, de modo a contribuir para o aprofundamento no assunto e posicionamento acerca do tema.

Esta abordagem metodológica também permite uma compreensão detalhada e atualizada da literatura existente, ajudando a identificar lacunas no conhecimento atual e fornecendo uma base sólida para futuras pesquisas que vise, por excelência, contribuir socialmente para um espaço de maior debate e reflexão jurídica a respeito do processo de rupturas democráticas, em especial, no cenário brasileiro.

1. EROSÃO DEMOCRÁTICA DOS REGIMES DEMOCRÁTICOS

Durante o atual período histórico, métodos tradicionais de ruptura democrática nem sempre ocorrem com tanque nas ruas, decretação de estado de exceção, fechamento do Congresso e suspensão declarada dos direitos fundamentais, como ocorria na década de 60, no

século passado¹. Hoje, elementos autoritários vão pouco a pouco se estabelecendo, e convivem, por períodos de duração variável, com instituições democráticas².

Na atual crise democrática, como informa Steven Levitsky e Daniel Ziblatt³, há uma forma menos dramática, mas igualmente destrutiva de arruinar a democracia. Democracias podem morrer não nas mãos de generais, mas de líderes eleitos. Sendo assim, o retrocesso democrático hoje começa nas urnas.

As medidas tomadas nesse tipo de regime são suficientemente democráticas para evitar sanções e outras consequências. Nele existe concorrência eleitoral suficiente para as forças da oposição competirem e, ocasionalmente, vencerem⁴. O regime não fecha todos os espaços para a expressão de atitudes contestatórias. A oposição continua funcionando, e a imprensa, fazendo suas críticas. Os movimentos de contestação política são só freados ou reprimidos quando há a percepção de que criam riscos reais para a posição política do governo⁵.

O uso dos mecanismos constitucionais para minar a democracia é conceituado por David Landau⁶ como constitucionalismo abusivo e pode ser definido como o uso de métodos de mudanças formais, como emenda e substituição constitucional, para erodir a democracia e seus alicerces. Assim, a partir de institutos originariamente concebidos de uma ordem democrática regular, líderes autoritários e semi-autoritários se utilizam desses institutos para desvirtuar essa ordem constitucional.

A forma como essas lideranças se valem é utilizando de suas próprias competências para minar, de dentro para fora, as instituições que amoldam as bases de um regime democrático⁷, expedindo “emendas constitucionais (por exemplo, permitindo um número ilimitado de reeleições, como ocorreu na Venezuela) ou substituindo a Constituição por outra (como recentemente foi sugerido no Brasil), ou uma combinação das duas estratégias”⁸.

¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; INOMATA, Adriana. Constitucionalismo abusivo e o ataque ao Judiciário na democracia brasileira. In: CONCI, Luiz Guyilherme Arcaro; DIAS, Roberto. *Crise das democracias liberais: perspectivas para os direitos fundamentais e a separação de poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 422.

² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional*. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 28.

³ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 15-16.

⁴ LANDAU, David. Constitucionalismo abusivo (*Abusive Constitutionalism*). Artigo convidado. Publicado originalmente em inglês na UC David Law Review, v. 47, n 1, p. 189- 260, nov. 2013. Tradução: Ulisses Levy Silvério dos Reis e Rafael Lamera Giesta Cabral. Mossoró, v. 4, n 7, p. 17-71, jan./jun. 2020. REJUR - *Revista Jurídica da UFERSA*, p. 41.

⁵ SOUZA NETO, *op. cit.*, p. 29.

⁶ LANDAU, *op. cit.*, p. 38.

⁷ ASSIS, Luiz Eduardo Altenburg de. Legalismo Autocrático na Administração Pública e o Controle pelo Poder Judiciário. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 8, n 2, p. 112-135, 2021, p. 116.

⁸ MARTINS, Flávio. Constitucionalismo abusivo: realidade, perspectivas e propostas para uma possível limitação. *Católica Law Review*, v. 3, n. 1, p. 29-41, 01 jan. 2019, p. 37.

Steven Levitsky e Daniel Ziblatt⁹ destacam que as iniciativas governamentais para subverter a democracia costumam ter um verniz de legalidade. Elas são aprovadas pelo Parlamento ou julgadas constitucionais por supremas cortes. Muitas são adotadas sob o pretexto de diligenciar algum objetivo público legítimo – e mesmo elogiável –, como combater a corrupção, “limpar” as eleições, aperfeiçoar a qualidade da democracia ou aumentar a segurança nacional¹⁰.

Conforme bem pondera Breno Magalhães e Valeska Ferreira:

O ideal político ‘constitucionalismo’ é útil para o Governante de turno, pois, ao mesmo tempo em que empreende medidas para tornar o sistema menos democrático, quando, por exemplo, dificulta a atuação da oposição política, ele pode sustentar um suposto ar de legitimidade em função da manutenção de um regime baseado formalmente em um texto constitucional. (...) ou seja, o governo não se torna autocrático por conta das alterações constitucionais, pois eleições continuariam regulares, entretanto, o constitucionalismo abusivo abriria espaço para um regime híbrido de difícil detecção e combate¹¹.

E assim as democracias decaem aos poucos, em etapas que mal chegam a ser visíveis¹². Um olhar desatento ou distante não é capaz de identificar quaisquer irregularidades, pois aparentemente estão preenchidos os requisitos formais de um Estado de Direito, Social e Democrático. Não obstante, os detentores do poder se utilizam de inúmeros subterfúgios, jurídicos ou políticos, para minar pouco a pouco a democracia¹³.

As constituições resultantes desses processos ainda parecem democráticas à distância e contêm muitos elementos que não são diferentes daqueles encontrados nas constituições democráticas liberais, mas, de perto, elas foram substancialmente retrabalhadas para minar a própria ordem democrática¹⁴. Isso faz com que o caráter incremental da crise da democracia se torne menos perceptível as ameaças à liberdade e, com isso, evita a mobilização tempestiva para a resistência democrática¹⁵.

No Brasil o Supremo Tribunal Federal tratou do constitucionalismo abusivo ao analisar a medida cautelar na ADPF 622, proposta pela Procuradoria Geral da República no fim do ano de 2019. Na decisão o Ministro Luís Roberto Barroso suspendeu trechos do Decreto n.

⁹ LEVITSKY; ZIBLATT, *op. cit.*, p. 81.

¹⁰ *Loc. cit.*

¹¹ MAGALHÃES, Breno Baía; FERREIRA, Valeska Dayanne Pinto. Com quantos golpes se faz uma crise constitucional no Brasil? Constitucionalismo abusivo, estresse constitucional e juridicidade constitucional. *Revista de Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 3, n 4, p. 2158-2197, 2022, p. 2162.

¹² LEVITSKY; ZIBLATT, *op. cit.*, p. 81.

¹³ MARTINS, *op. cit.*, p. 36.

¹⁴ LANDAU, *op. cit.*, p. 38.

¹⁵ RUNCIMAN, David. *Como a democracia chega ao fim*. Tradução: Sérgio Flaksman. São Paulo: Todavia, 2018, p. 08.

10.03 /2019 editado pelo Presidente Jair Messias Bolsonaro e restabeleceu os mandatos dos antigos conselheiros do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA).

Um dos fundamentos levantados pelo Ministro foi justamente o constitucionalismo abusivo, que na ordem internacional pode receber o nome também de “legalismo autocrático” e “democracia iliberal”¹⁶. De acordo com o Ministro, o modo de atuação desses líderes abrange:

(i) a tentativa de esvaziamento ou enfraquecimento dos demais Poderes, sempre que não compactuem com seus propósitos, com ataques ao Congresso Nacional e às cortes; (ii) o desmonte ou a captura de órgãos ou instituições de controle, como conselhos, agências reguladoras, instituições de combate à corrupção, Ministério Público etc; (iii) o combate a organizações da sociedade civil, que atuem em prol da defesa de direitos no espaço público; (iv) a rejeição a discursos protetivos de direitos fundamentais, sobretudo no que respeita a grupos minoritários e vulneráveis – como negros, mulheres, população LGBTI e indígenas; (v) o ataque à imprensa, sempre que leve ao público informações incômodas para o governo[3]¹⁷.

Com efeito, não se trata de uma ruptura explícita com o constitucionalismo democrático, mas de uma infiltração sutil que acontece de forma lenta e gradual e que dá origem a um cenário em que a competição eleitoral está reduzida, que a corrupção não consegue ser fiscalizada, atributos básicos de transparência conquistados as duras penas estão sendo enfraquecidos e que a própria estabilidade do estado de direito está em cheque.

A consequência disso é que os mecanismos de proteção democrática se mostraram ineficazes contra essa nova ameaça, e os conjuntos de regras formais encontrados nas constituições estão se tornando meras folhas de papel contra esses regimes¹⁸. Como bem destaca David Landau:

[...] nesses regimes, os atores e as forças políticas dominantes tendem a controlar não apenas os ramos do governo, mas também os mecanismos de responsabilização horizontal que devem checar os atores políticos. Assim, instituições como cortes, ministério público, procuradorias e comissões eleitorais tendem a ser controladas pelos titulares dos cargos políticos. Em vez de servirem como entes que verificam de maneira independente os atos do governo, essas instituições trabalham ativamente em nome de seus projetos políticos. O resultado não é apenas minar a competição eleitoral, mas também limitar drasticamente a extensão da proteção dos direitos dos grupos minoritários dentro desses sistemas¹⁹.

Não havendo um único ato de ruptura da democracia é difícil verificar essa virada de chave. Além disso, quanto mais tempo o governante autoritário se mantém no poder, mais

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 622*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5774611>>. Acesso em: 12 jun. 2023, p. 03.

¹⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 16.

¹⁸ LANDAU, *op. cit.*, p. 35.

¹⁹ *Ibid.*, p. 41.

tempo as instituições vão sendo cooptadas e empacotadas por esses ideais autoritários. No curso dos processos de erosão também é comum se alcançar um ponto em que o regime não pode mais ser descrito como democrático ainda que não haja declaração formal de ruptura²⁰. A regularidade do funcionamento constitucional, portanto, pode estar nos olhos de quem a vê²¹.

2. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CASO CONANDA: ADPF 622

A decisão proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 622²², do Distrito Federal, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, é o primeiro caso em que o Supremo Tribunal Federal faz referência aos conceitos de constitucionalismo abusivo, legalismo autocrático e democracia iliberal, afirmando se tratar de fenômeno razoavelmente novo nas democracias ocidentais.

A ação em questão foi proposta pela Procuradoria Geral da República na época comandada pela Raquel Dodge, tendo como objeto o Decreto n. 10.003, de 4 de setembro de 2019²³, editada pelo Presidente da República Jair Messias Bolsonaro, que alterou as normas sobre a constituição e o funcionamento do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente (Conanda) e destituiu imotivadamente seus membros ainda no curso dos seus mandatos.

O Conanda é um órgão colegiado permanente, de caráter deliberativo e composição paritária, criado em 1991 pela Lei n. 8.242, com previsão no artigo 88 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990²⁴. Trata-se de órgão integrante da estrutura organizacional do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, conforme disposto no artigo 76 da Lei n. 8.242, de 12 de outubro de 1991²⁵, e tem como principais atribuições a elaboração da política nacional de atendimento às crianças e adolescentes, a fiscalização da sua execução e gestão do Fundo Nacional da Criança e do Adolescente²⁶.

A norma impugnada alterou os artigos 76 e 78 a 80 da referida lei, que regula a atribuição e composição do Conanda, além destituir seus membros ainda em curso dos seus mandatos. Assim, fundamentou a Procuradora-Geral que o Decreto n. 10.003, de 4 de setembro

²⁰ SOUZA NETO, *op. cit.*, p. 31.

²¹ MAGALHÃES; FERREIRA, *op. cit.*, p. 2178.

²² BRASIL, *op. cit.*, nota 16.

²³ BRASIL. *Decreto n. 10.003*, de 04 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d10003.htm>. Acesso em: 12 jun. 2023.

²⁴ BRASIL. *Lei n. 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 12 jun. 2023.

²⁵ BRASIL. *Lei n. 8.242*, de 12 de outubro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8242.htm>. Acesso em: 12 jun. 2023.

²⁶ ASSIS, *op. cit.*, p. 120.

de 2019, na prática, esvaziou a participação da sociedade civil no Conselho e violou diversos princípios constitucionais, como o da democracia participativa, da igualdade, da segurança jurídica, da proteção à criança e ao adolescente e da vedação ao retrocesso institucional²⁷.

Enquanto órgão deliberativo, o Conanda desempenha um importante papel representativo de participação popular na formulação das políticas e no controle das ações voltadas à criança e ao adolescente em todos os níveis, conforme exigência do artigo 204, II, c/c artigo 227, § 7º, da Constituição Federal (CRFB/88). Trata-se, nessa linha, de órgão essencial à proteção, com absoluta prioridade, dos direitos desse grupo, buscando efetivar a garantia da proteção integral estampada no artigo 227 da CRFB/88²⁸.

A Lei n. 8.242, de 12 de outubro de 1991, no artigo 1º, §§ 1º e 2º²⁹, prevê que esse Conselho é conjunto integrante de atribuições do Presidente da República, podendo este delegar a órgão executivo de sua escolha o suporte técnico-administrativo-financeiro necessário ao seu funcionamento. Nada impede que essa regulação possa ser feita mediante decreto, conforme previsão no artigo 84, VI, da CRFB/88³⁰. No entanto, a questão toma outra forma quando a expedição desse decreto tem por finalidade esvaziar ou inviabilizar a participação da sociedade civil no Conselho.

Vale aqui esclarecer que o artigo 3º da mencionada lei³¹ assegura a paridade na representação do Poder Público e da sociedade civil no Conanda, bem como a entrega ao próprio Conselho da atribuição de dispor sobre seu funcionamento, nela incluídos os critérios de escolha de seu presidente e a seleção dos representantes das entidades da sociedade civil, conforme artigo 2º, XI da lei³².

Em seu voto o Ministro Luís Roberto Barroso apresenta uma compreensão adaptada do que seria o constitucionalismo abusivo, entendendo se tratar do resultado de alterações normativas pontuais, aparentemente válidas do ponto de vista formal, que, se examinadas isoladamente, deixam dúvidas quanto à sua inconstitucionalidade, levando progressivamente a corrosão democrática³³.

Sugere o Ministro, nesse caso, que não a mobilização de instrumentos constitucionais formalmente legítimos, mas sim alterações no ordenamento jurídico promovidas pelo poder

²⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 16.

²⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 jun. 2023.

²⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 25.

³⁰ BRASIL, *op. cit.*, nota 28.

³¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 25.

³² BRASIL, *op. cit.*, nota 25.

³³ BRASIL, *op. cit.*, nota 16.

executivo, bastariam para a ocorrência desse fenômeno. No Brasil, se verifica seus reflexos a partir da decisão do Ministro:

20. Em síntese, as medidas promovidas pelo Decreto nº 10.003/2019 acabam por conferir ao Executivo o controle da composição e das decisões do Conanda, o que o neutraliza como instância crítica de controle. Trata-se, portanto, de norma que frustra o comando constitucional que assegurou participação às entidades representativas da sociedade civil na formulação e no controle das políticas públicas para crianças e adolescentes. Não bastasse isso, o decreto viola o princípio da legalidade, uma vez que desrespeita as normas que regem o Conanda, tal como previstas na Lei nº 8.242/1991. Além disso, ao procurar modificar o funcionamento do Conanda por meio de decreto, quando seria necessária lei, também excluiu a participação do Congresso Nacional em debate de extrema relevância para o país³⁴.

Ao analisar o mérito da questão o Plenário do STF julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 79; 80, *caput* e § 3º; e artigo 81 do Decreto nº 9.579, de 22 de novembro de 2018, com a redação dada pelo Decreto 10.003, de 4 de setembro de 2019³⁵, assim como a previsão do artigo 2º que trata da dispensabilidade de todos os membros do Conanda na data de entrada em vigor deste novo decreto³⁶.

Por outro lado, se decidiu que ficará mantido, sem efeitos reprecursorios, a partir do início de novos mandatos, o disposto no artigo 76, § 3º do Decreto 10.003, de 4 de setembro de 2019³⁷, que trata da redução de representantes da sociedade civil e do governo de 14 para 9 cada, posto que tal redução, em princípio, não viola qualquer comando constitucional, já que se trata de redução paritária, que não interfere na participação em condições simétricas das partes.

Como se vê, ainda que a competência discricionária decorrente do princípio da separação dos poderes assegura o Poder Executivo atuar sem interferências indevidas, as decisões do Presidente da República, ainda que formalmente válidas, não podem ser exercidas em prejuízo do regime democrático e dos direitos fundamentais, cabendo ao STF, neste caso, intervir para a proteção e o adequado funcionamento da democracia³⁸.

3. FORMAS DE COMBATE AO CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO

Sob a proteção dos direitos fundamentais e do Estado de Direito, a máquina

³⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 16.

³⁵ BRASIL, *op. cit.*, nota 23.

³⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 23.

³⁷ *Loc. cit.*

³⁸ ASSIS, *op. cit.*, p. 122.

antidemocrática pôde ser construída e posta legalmente em ação³⁹. O fundamentalismo democrático e a cegueira legalista foi o que propiciou a ascensão do nazismo e a chegada de Hitler ao poder, por intermédio dos meios de acesso previsto no sistema constitucional e que ele mesmo não hesitou em destruir⁴⁰.

Buscando evitar a ascensão de pessoas, partidos e ideologias profundamente autoritárias, que se utilizam de instrumentos democráticos para assegurar o triunfo de projetos totalitários ou autoritários de poder⁴¹, mas que no final afetam o elemento central no âmago da democracia, como foi o caso de Adolf Hitler, é que Karl Loewenstein, em 1937, desenvolveu o conceito de democracia militante⁴².

Daniel Sarmento e João Gabriel Pontes⁴³ sustentam que assim como a tutela da liberdade de expressão não se estende a manifestações de ódio contra minorias, os direitos políticos podem ser restringidos para que não comprometam a sobrevivência da própria democracia. Nesse sentido, apontam os autores que o conceito de democracia militante vem sendo utilizado com frequência pelo mundo afora, diante do preocupante fortalecimento de partidos e de candidatos que, como Bolsonaro, estão associados à negação de direitos fundamentais elementares e à rejeição da própria ideia de democracia⁴⁴.

Como bem pontua Cláudio Pereira de Souza Neto:

Ao adotar o *princípio aristocrático* como norte para a organização da economia, o bolsonarismo não recepciona apenas o neoliberalismo. Em muito do que defende, escoam elementos de darwinismo social, para o qual a proteção dos mais fracos é tida como subversão das leis da natureza, por interromper o mecanismo da seleção natural, o que conduziria ao enfraquecimento do corpo social. Para o bolsonarismo, devem ser revogadas leis de proteção de vulneráveis, como leis trabalhistas e leis que estabelecem hipóteses de discriminação positiva para minorias étnicas e de gênero; a atividade policial deve se tornar mais letal, e os direitos reprodutivos dos pobres devem ser restringidos⁴⁵.

³⁹ LOEWNSTEIN, K. *Militant democracy and fundamental rights, I e II*. American Political Science Review, n.º 31, 1937, *apud* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional*. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 262.

⁴⁰ *Id.*, p. 263.

⁴¹ SARMENTO, Daniel; PONTES, João Gabriel. *Democracia militante e a candidatura de Bolsonaro*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/democracia-militante-e-a-candidatura-de-bolsonaro-24082018>>. Acesso em: 12 jun. 2023.

⁴² LOEWNSTEIN, *op. cit.*, nota 39.

⁴³ SARMENTO; PONTES, *op. cit.*, nota 41.

⁴⁴ SARMENTO; PONTES, *op. cit.*, nota 41.

⁴⁵ SOUZA NETO, *op. cit.*, p. 148.

Existem diversas concepções de democracia que podem ser compatíveis com a Constituição de 1988, mas existem sentidos com os quais ela é absolutamente incompatível⁴⁶. Por isso é necessário uma democracia que lute contra a sua autodestruição, intentada por governantes que utilizam de sua autonomia política para esvaziar os valores pelos quais ela foi criada.

As constituições só têm razão de ser quando estabelecem um pacto social que não apenas reflete a vontade majoritária, mas também inclui minorias, conferindo-lhes o *status* de membros plenos da comunidade política⁴⁷. Quando ineficaz a atuação preventiva, a defesa da democracia por intermédio da crítica ao extremismo surge como um critério de contensão ao risco efetivo de ações antidemocráticas se concretizarem⁴⁸, como é o caso do constitucionalismo abusivo.

Nesse sentido, o melhor caminho diante de governos que não revelam compromisso com as instituições democráticas é a atuação ativa das cortes constitucionais no que Cláudio Pereira de Souza Neto⁴⁹ chama de “função anticíclica da jurisdição”, segundo a qual implica a “redução situacional da deferência”, que resulta de parâmetros mais rigorosos 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*⁵⁰.

Em um cenário de erosão democrática deve existir uma menor autocontenção, ou uma menor postura de inércia da jurisdição constitucional, da qual se resulta uma atuação mais ativa e o estabelecimento de rígidos parâmetros dos órgãos estatais. Nesse contexto, cabe a corte constitucional sair do papel de deferência, se colocar no centro do debate, provê equilíbrio ao sistema, preservando, sobretudo, o que não pode ser posto à disposição das maiorias⁵¹.

O Ministro Barroso⁵², no julgamento da ADPF n. 622, apesar de não usar esse termo, se adequa a função anticíclica ao dizer que “as cortes constitucionais e supremas cortes devem estar atentas a alterações normativas que, a pretexto de dar cumprimento à Constituição, em verdade se inserem em uma estratégia mais ampla de concentração de poderes, violação a direitos e retrocesso democrático”.

⁴⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; BEECK, Cláudia. *Conceito constitucional de democracia em risco*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/conceito-constitucional-de-democracia-em-risco-07062020>>. Acesso em: 12 jun. 2023.

⁴⁷ SOUZA NETO, *op. cit.*, p. 44.

⁴⁸ SOUZA NETO, *op. cit.*, p. 267.

⁴⁹ SOUZA NETO, *op. cit.*, p. 269-271.

⁵⁰ *Id.* *Democracia militante e jurisdição constitucional anticíclica*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/democracia-militante-e-jurisdicao-constitucional-anticiclica-16052020>>. Acesso em: 12 jun. 2023.

⁵¹ SOUZA NETO, *op. cit.*, p. 271.

⁵² BRASIL, *op. cit.*, nota 16.

O Decreto n. 10.003, de 4 de setembro de 2019⁵³, editada pelo Presidente da República, que alterou artigos da Lei n. 8.242/1991 sobre a constituição e o funcionamento do Conanda, e destituiu imotivadamente seus membros ainda no curso dos seus mandatos, fere uma exigência constitucional expressa no art. 227 e art. 204, II, c/c art. 227, § 7º, da CRFB/88⁵⁴. E conforme afirma o Ministro Barroso em seu voto⁵⁵, a participação das entidades representativas da sociedade civil constitui mandamento constitucional que visa assegurar a proteção integral e prioritária às crianças e adolescentes, por meio da incorporação de diferentes perspectivas e grupos na formação e no controle de políticas públicas.

Por certo a constitucionalização de políticas públicas força o governo a utilizar a Constituição como um instrumento obrigatório de sua política ordinária, não servindo o texto político como um manual de instruções que se limita a indicar como os governantes devem se comportar interativamente⁵⁶. Dessa forma, qualquer mobilização (não apenas aquelas em momentos de crise) da política ordinária impacta a estabilidade do regramento constitucional. Essa não é uma avaliação valorativa, mas sim de como nossa política constitucional funciona⁵⁷.

Isso gera uma maior necessidade de mobilização social e de mobilização das instituições no combate a essas medidas autoritárias. E é por isso que o momento de reeleição é determinante para se dizer o que vai acontecer com o futuro do país, sendo esse o momento em que as instituições costumam perder parte considerável de sua capacidade de resistência, as medidas de exceção se normalizam e a expectativa de perpetuação do regime se generaliza⁵⁸. Além disso passa uma mensagem às instituições do que a população quer para o futuro daquele país, já que estas, como destinatárias de proteção dessas pessoas, são responsivas à vontade social.

Como visto, a democracia é sempre um processo, não de sedimentação de identidades pré-constituídas, mas da própria constituição dessas identidades. O risco diante dessas situações não é propriamente um golpe que expressamente derrube e aniquile a Constituição⁵⁹. O risco se caracteriza pela aniquilação do sentido da Constituição, pois alterando a forma de compreender a Constituição, ela pode deixar de ser o que é⁶⁰.

⁵³ BRASIL, *op. cit.*, nota 23.

⁵⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 28.

⁵⁵ BRASIL, *op. cit.*, nota 16.

⁵⁶ MAGALHÃES; FERREIRA, *op. cit.*, p. 2176.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ SOUZA NETO, *op. cit.*, p. 31.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*

Por essa razão é inegável a importância da atuação das cortes no combate e proteção dos direitos constitucionais posto que não há nada mais antidemocrático do que reprimir direitos das minorias, intentar contra instituições, hostilizar e ridicularizar órgãos de cooperação social. Como bem pontua Estefânia Barboza e Cláudia Beeckr:

É preciso que esteja sólida a compreensão de que o conceito constitucional de democracia não aceita uma interpretação que nega o pluralismo político e a diversidade, bem como pretende elevar o Executivo a uma suposta superioridade decorrente do pleito eleitoral. O Judiciário e o Legislativo, além de todas as instituições de controle e também a sociedade civil, precisam estar atentos para impedir, pela desaprovação, pela sustação de efeitos, pela declaração de inconstitucionalidade, pela denúncia e pelo protesto, os atos que coloquem em prática uma concepção de democracia que afronte o desenho constitucional afirmado no pós-88⁶¹.

Conflitos políticos que ensejam crises, por dependerem de critérios interpretativos, também precisam ser reavaliados quando transportados para nosso ordenamento constitucional⁶². Torna-se necessário, por certo, recompor o consenso em torno das regras e instituições que estruturam o Estado Democrático de Direito e preservar as condições para a cooperação social. O principal desafio agora é o de manter o Brasil unido e democrático⁶³.

CONCLUSÃO

Este trabalho destaca o processo de erosão democrática nos regimes democráticos contemporâneos onde líderes eleitos, a partir das práticas do constitucionalismo abusivo, minam as instituições e direitos fundamentais de forma sutil e gradual. Verificou-se, portanto, que ao contrário das rupturas democráticas explícitas do passado as ameaças atuais são mascaradas por um verniz de legalidade e muitas vezes são legitimadas por instituições cooptadas.

As ferramentas que viabilizam esse ataque constitucional são manejadas pelo Chefe do Poder Executivo na forma de mudanças constitucionais formais. Há, nesse caso, uma infiltração lenta e gradual, que por meio de substituição ou emendas constitucionais enfraquece os mecanismos de proteção democrática tornando regras formais ineficazes.

Nesse processo também há uma tentativa de reprimir ou frear o funcionamento e a participação das organizações da sociedade civil tornando-as meras legitimadoras das ações pretendidas pelo Executivo, que passa a dominar a escolha dos seus membros, inclusive

⁶¹ BARBOZA, *Op. Cit.*

⁶² MAGALHÃES; FERREIRA, *op. cit.*, p. 2178.

⁶³ SOUZA NETO, *op. cit.*, p. 207.

daqueles que supostamente falam em nome da sociedade, bem como o resultado das suas decisões.

Foi visto que a democracia não é estática, formando os momentos de crise um solo fértil para que sementes plantadas por governos antidemocráticos fragilizem a democracia. A consequência disso é que pontos importantes de sustentação do edifício democrático sofre com instabilidades, afetando a base que fundamenta o regime democrático constitucional. O resultado final tende a ser a migração de um regime democrático para um regime autoritário, ainda que se preserve a realização formal de eleições.

No combate a tais medidas autoritárias se inicia um processo necessário de mobilização social e institucional sendo a reeleição um momento crucial para determinar o futuro do país. Nesse contexto, por meio do conceito de democracia militante e do papel das cortes constitucionais em casos como a ADPF n. 622, observa-se a necessidade de uma posição ativa das Cortes superiores no enfrentamento de governos que ameaçam a democracia e os direitos constitucionais.

O principal desafio é garantir a cooperação social, a diversidade política e manter o país unido e democrático, reforçando a importância do consenso em torno das regras e instituições que estruturam a democracia e asseguram seu funcionamento saudável.

Em arremate, é essencial que a sociedade e as instituições estejam atentas aos sinais de erosão da democracia e trabalhem juntos na proteção dos direitos fundamentais e na preservação da Constituição. A resposta a essa crescente ameaça autoritária deve ser pautada sobretudo pela conscientização, resistência e compromisso com a manutenção e fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Luiz Eduardo Altenburg de. Legalismo Autocrático na Administração Pública e o Controle pelo Poder Judiciário. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 8, n 2, p. 112-135, 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 622*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5774611>>. Acesso em: 12 jun. 2023.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 jun. 2023.

_____. *Lei n. 8.242*, de 12 de outubro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8242.htm>. Acesso em: 12 jun. 2023.

_____. *Decreto n. 10.003*, de 04 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d10003.htm>. Acesso em: 12 jun. 2023.

_____. *Lei n. 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 12 jun. 2023.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; INOMATA, Adriana. Constitucionalismo abusivo e o ataque ao Judiciário na democracia brasileira. In: CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; DIAS, Roberto. *Crise das democracias liberais: perspectivas para os direitos fundamentais e a separação de poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; BEECK, Cláudia. *Conceito constitucional de democracia em risco*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/conceito-constitucional-de-democracia-em-risco-07062020>>. Acesso em: 12 jun. 2023.

LANDAU, David. Constitucionalismo abusivo (Abusive Constitutionalism). Artigo convidado. Publicado originalmente em inglês na UC David Law Review, v. 47, n 1, p. 189- 260, nov. 2013. REJUR - *Revista Jurídica da UFERSA*, v. 4, n 7, p. 17-71, jan./jun. 2020.

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

MARTINS, Flávio. Constitucionalismo abusivo: realidade, perspectivas e propostas para uma possível limitação. *Católica Law Review*, Lisboa- Portugal, v. 3, n 1, p. 29-41, 01 jan. 2019.

MAGALHÃES, Breno Baía; FERREIRA, Valeska Dayanne Pinto. Com quantos golpes se faz uma crise constitucional no Brasil? Constitucionalismo abusivo, estresse constitucional e juridicidade constitucional. *Revista de Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 3, n 4, p. 2158-2197, 2022.

RUNCIMAN, David. *Como a democracia chega ao fim*. Tradução: Sérgio Flaksman. São Paulo: Todavia, 2018.

SARMENTO, Daniel; PONTES, João Gabriel. *Democracia militante e a candidatura de Bolsonaro*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/democracia-militante-e-a-candidatura-de-bolsonaro-24082018>>. Acesso em: 12 jun. 2023.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional*. São Paulo: Contracorrente, 2020.

_____. *Democracia militante e jurisdição constitucional anticíclica*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/democracia-militante-e-jurisdiacao-constitucional-anticiclica-16052020>>. Acesso em: 12 jun. 2023.