



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação em Direito

JÚLIO GONÇALVES MELO

DE QUAIS FATORES DEPENDE A SOBREVIVÊNCIA DAS CONSTITUIÇÕES?

BRASÍLIA - DF

2022

JÚLIO GONÇALVES MELO

DE QUAIS FATORES DEPENDE A SOBREVIVÊNCIA DAS CONSTITUIÇÕES?

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (PPGD/UnB) como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Estado e Constituição.

Orientador: Professor Doutor Juliano Zaiden Benvindo

BRASÍLIA - DF

2022

JÚLIO GONÇALVES MELO

DE QUAIS FATORES DEPENDE A SOBREVIVÊNCIA DAS CONSTITUIÇÕES?

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (PPGD/UnB) como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Estado e Constituição.

Aprovada em: 31.05.2022

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Juliano Zaiden Benvindo

Universidade de Brasília

Orientador

Professor Doutor Cristiano Paixão

Universidade de Brasília

Membro Interno

Professor Doutor Fernando José Gonçalves Acunha

Centro Universitário de Brasília - CEUB

Membro Externo

Professor Doutor Guilherme Scotti

Universidade de Brasília

Suplente

Para as pessoas mais importantes da minha vida: minha mãe, Ester Cleide; meu pai, José Renato; minhas irmãs, Renata e Rita; meus cunhados, Nilton e Michel; minhas sobrinhas, Giulia, Rafaela e Emanuela; meus sobrinhos, Caio e Renato; e minha noiva, Mariana.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, e acima de tudo, agradeço a Deus, não por ser poderoso, mas por ser bom e fiel a sua própria palavra; por ser companheiro, amigo e se deixar revelar em minha vida através de pessoas tão especiais.

Agradeço a minha mãe, Ester Cleide, porque sempre me amou e nunca, absolutamente nunca, mediu esforços para se sacrificar por mim e me ver feliz, fazendo coisas que nem mesmo boas mães são capazes de fazer por seus filhos.

Agradeço ao meu pai, José Renato, um monumento da inteligência humana, que me ensinou a gostar dos estudos e, mais do que isso, de bons livros, que tornaram minha vida muito mais gostosa. Agradeço, em especial, por ter me ensinado com sua humildade, me motivando a ser uma pessoa mais gentil como ele, ainda que eu não chegue nem perto.

Obviamente, não poderia deixar de agradecer as minhas irmãs, Rita e Renata, que sempre estiveram ao meu lado, me entenderam e, muitas vezes, abriram mão de várias vantagens, só para que eu pudesse fazer minhas escolhas e realizar meus objetivos. Sem elas, eu jamais estaria aqui.

Aos meus cunhados, Nilton e Michel, a todas as minhas sobrinhas e sobrinhos, Giu, Rafa, Manu, Renatinho e Caio, e, é claro, a meu irmão de afeto, Fabrício, agradeço imensamente, porque, mesmo sem saberem, às vezes com uma simples piada ou um sorriso, foram importantes para me incentivarem a continuar lutando pelos meus sonhos.

A minha noiva Mariana, a mulher mais linda que conheci e que mais de perto me acompanhou nesse processo todo, que foi o mestrado na UnB, agradeço com todo meu coração. Ela também foi uma dessas pessoas através das quais pude experimentar um pouco mais do próprio amor de Deus. É a companheira que, tal como um grande filósofo dizia de sua própria esposa chamada Jenny, eu quero ver amadurecer e em cada detalhe de seu rosto perceber como o tempo a fez ficar cada vez mais mulher.

Agradeço, obviamente, ao meu orientador, Juliano Zaiden Benvindo, pelo jeito sempre tranquilo e, em especial, por me fazer “acreditar no jazz”: a escrita deste trabalho foi acompanhada, em grade medida, da música de Ella Fitzgerald, Billie Holiday e Chet Baker.

Ao mesmo tempo, agradeço muito aos professores Cristiano Paixão (UnB) e Fernando Acunha (CEUB), por terem aceitado o convite para serem membros da banca de defesa da minha dissertação e por todas as observações críticas que fizeram, as quais só enriqueceram minhas ideias e contribuíram para o aperfeiçoamento desta pesquisa. Se

derem uma breve olhada sobre alguns tópicos de meu trabalho, perceberão que este agradecimento vai muito além de uma mera cordialidade protocolar; é um gesto de sincero reconhecimento da importância de suas observações para a formação de minhas conclusões.

Não poderia deixar de revelar minha gratidão a todas e todos os demais professores da UnB, com quem tive aulas: o saudoso Miroslav Milovic, Janaína Lima Penalva da Silva, Simone Rodrigues, Cristiano Paixão e José Geraldo de Souza Júnior.

Igualmente importantes são minhas professoras e professores do Instituto Goethe em Brasília, em particular, Lena Julie Gerstmann e Hermann Schneider, que contribuíram para minha formação em alemão e para que eu pudesse trabalhar com boa parte dos textos desta pesquisa.

É inevitável agradecer aos meus mestres e parceiros tanto do Jiu-jitsu, quanto do Muay Thai, que se tornaram, acima de tudo, alguns dos meus grandes amigos em Brasília, principalmente: Victor Bastos, Felipe Rabanea e Vinícius Ananias, em nome dos quais agradeço a todos que treinam comigo.

Minha gratidão aos amigos de mestrado na UnB, Henrique Neubauer e Anderson Silva, sobretudo pelo companheirismo de sempre; e também àqueles que me ajudaram a realizar meu sonho de entrar na UnB, como Edma José Reis e o professor José Humberto (UFG).

Não poderia deixar de mencionar também meus amigos do Ministério Público de Goiás, sobretudo Ricardo Rangel, Leonardo Seixlack, Deusdete Carnot e todos os que trabalham comigo na cidade de Luziânia, em especial Janaína Vecchia que aceitou me substituir durante minha licença. Um outro agradecimento muito especial vai para a minha equipe de trabalho, principalmente Gleison e Fabiana, que são muito mais do que meu braço direito; são profissionais dos quais dependo e com quem sempre tenho o que aprender. Muito obrigado! Por mais que seja possível apresentar críticas, o Ministério Público de Goiás foi uma das melhores coisas que aconteceu em minha vida, e não fosse por ele muitos dos meus sonhos não seriam realizados.

Agradeço, ainda, a todos os meus amigos do Sudoeste, bairro onde vivo atualmente em Brasília, e que tornaram minha vida muito mais legal por aqui. Como são muitos, deixo minha gratidão na pessoa do Estevinho. E, é claro, agradeço, com todo o meu coração, aos meus amigos de São José dos Campos/SP, que, apesar de não terem nem ideia das dificuldades deste trabalho, também foram importantes neste período,

quando me ligavam para saber como eu estava ou quando eu iria para lá novamente. São tantos, mas faço questão de mencionar Leandro, Beto, Thiago e Júlio.

Deixo, finalmente, minha gratidão especial ao amigo Tadeu Badaró, do Ministério Público de São Paulo, e a Allender e Rodrigo, ambos do Ministério Público de Minas Gerais, que enchem minha cabeça de novas ideias; assim como aos amigos Huber, juiz de Direito do Paraná, e Heric, promotor de justiça também do Paraná. Todos vocês são importantes para mim.

Temos um pacto e concluímos um negócio. (...) comprometeste-te conosco; (..) Recebeste de nós tempo, tempo apropriado para um gênio, tempo que permite voos altos; plenos vinte e quatro anos. (...) Minha condição era clara e correta, determinada pelo legítimo zelo do Inferno. O amor te fica proibido, porque esquenta. Tua vida deve ser frígida, e, portanto, não tens o direito de amar pessoa alguma.

Thomas Mann, Doutor Fausto: a vida do compositor alemão Adrian Leverkühn, narrada por um amigo, 2015.

RESUMO

Constituições são barganhas políticas que atores relevantes celebram entre si em determinado momento da história, para a definição de arranjos institucionais duradouros, mais adequados à proteção de seus interesses. Para que essas barganhas tornem-se autoimpositivas e sejam capazes de vincular até mesmo as gerações futuras, é preciso que as pessoas sejam incentivadas a cumprirem suas regras e desmotivadas a adotarem arranjos alternativos menos vantajosos. Em regra, constituições sobrevivem até o momento em que são oficialmente revogadas e substituídas por novos textos constitucionais; ou, em casos excepcionais, quando são suspensas por leis emergenciais, que passam a funcionar como se fossem constituições, a exemplo do que aconteceu na Alemanha, durante a República de Weimar. Mudanças mais profundas também podem afetar a identidade de um determinado texto constitucional, sem, todavia, provocarem uma ruptura completa da ordem em vigor. Essas mudanças podem aperfeiçoar valores democráticos, como ocorreu nos Estados Unidos da América em 1865, com a aprovação da 13ª emenda, ou enfraquecê-los, como aconteceu mais recentemente na Venezuela, na Hungria e no Brasil. Para que constituições sobrevivam aos retrocessos políticos do mundo a sua volta, é preciso que se adote toda uma estrutura institucional adequada a sua proteção, concebida neste trabalho como fatores endógenos de defesa das normas constitucionais. De qualquer forma, determinados interesses mais poderosos, que se articulam na sociedade, devem ser abrangidos pelas constituições, caso elas queiram obter estabilidade; nesta pesquisa, eles foram concebidos como fatores exógenos indispensáveis à sobrevivência das normas constitucionais.

Palavras-chave: Constituições autoimpositivas. Desmembramento constitucional. Erosão constitucional. Dependência da trajetória. Coordenação de interesses.

ABSTRACT

Constitutions are political bargains, through which relevant actors at some historical moments try to find the best institutional design to protect their interests. In order to become self-enforcing and able to rule future generations, a constitution must bolster the people to act according to its rules, instead of showing that the people can be better off under an alternative option, supposedly more advantageous for their purposes. Usually, constitutional death occurs when a new constitution repeals and replaces an old one; exceptionally, constitutions might be lifted by a kind of an emergency rule, which works as a different constitution, just like it happened in Germany, under the Weimar Republic. Radical changes can also affect the constitutional identity, although without disrupting the current legal order. These changes can strengthen democratic values, such as in the United States, after the Thirteenth Amendment's approval, during the Reconstruction, or undermine them, as it happened recently in Venezuela, Hungary, and Brazil. In order to endure and resist the political changes surrounding them, an appropriate institutional structure must be adopted. Such institutional complex will be conceived as endogenous factors across this work. Finally, some powerful interests, that hang together within society, must be also embraced by the constitutions, otherwise the constitutional norms can not be entrenched. Such interests in contrast will be regarded in this work as exogenous factors, essential to constitutional survival.

Keywords: Self-enforcing constitutions. Constitutional dismemberment. Constitutional erosion. Path dependence. Citizen coordination.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
A. Qual é o problema?	12
B. Plano da Investigação e método de trabalho	15
CAPÍTULO 1 – COMEÇO E FIM DAS CONSTITUIÇÕES	21
1.1 Considerações iniciais	21
1.2 O que caracteriza as constituições da idade contemporânea?	21
1.3 Até que ponto é possível dizer que uma constituição sobrevive?	29
1.4 Últimas palavras	36
CAPÍTULO 2 – DE HITLER A BOLSONARO: CONSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS EM PERIGO.....	39
2.1 Considerações iniciais	39
2.2 A morte da Constituição de Weimar	39
2.3 Desmembramentos constitucionais	47
2.4 Constitucionalismo abusivo na Hungria e Venezuela	52
2.5 Erosão constitucional no Brasil.....	58
2.6 Últimas palavras	66
CAPÍTULO 3 – FATORES ENDÓGENOS DE DEFESA DAS CONSTITUIÇÕES	68
3.1 Considerações iniciais	68
3.2 James Madison e os desenhos institucionais nos EUA	69
3.3 Arranjos institucionais duradouros, segundo Daryl J. Levinson e Paul Pierson.....	82
3.4 Aplicações práticas de arranjos institucionais em defesa das constituições.....	91
3.5 Flexibilidade, inclusão e especificidade	101
3.6 Últimas palavras	107
CAPÍTULO 4 – FATORES EXÓGENOS INDISPENSÁVEIS À SOBREVIVÊNCIA DAS CONSTITUIÇÕES	109
4.1 Considerações iniciais	109
4.2 Interesses indispensáveis à sobrevivência das constituições.....	110
4.3 Racionalidade do medo e capacidade de coordenação.....	114
4.4 Últimas palavras.....	118
CONCLUSÕES.....	120
REFERÊNCIAS	127

INTRODUÇÃO

A. Qual é o problema?

Em 2018, após eleições influenciadas pela circulação de informações falsas, o povo brasileiro elegeu Jair Messias Bolsonaro como Presidente da República (MEYER, 2021, p. 176-198)¹. O discurso de sua campanha foi marcado por duras palavras sobre seus adversários políticos, que passaram a ser vistos por boa parte de seu eleitorado como inimigos do Brasil. Ameaças de levá-los para a ponta da praia – como os militares faziam, ao desovarem corpos na ditadura – foram feitas em plena luz do dia². Carlos Alberto Brilhante Ustra, um conhecido torturador do regime militar, passou a ser tratado como um herói do país. O ditador chileno Augusto Pinochet virou referência para a política brasileira, já que, como disse o Presidente, ele fez o que deveria ser feito. Minorias já bastante estigmatizadas passaram a ser publicamente humilhadas: algumas mulheres não mereciam ser estupradas por serem supostamente feias; era melhor ver um filho morto do que sabê-lo homossexual; quilombolas não serviam sequer para procriar (SARMENTO; PONTES, 2018).

A separação de poderes, esse mecanismo tão essencial ao constitucionalismo e à democracia, transformou-se na gestão de Jair Bolsonaro em um obstáculo à “boa” governança; no dia em que o Congresso Nacional discutia a proposta de emenda constitucional (PEC) relativa ao voto impresso, tanques desfilaram pela praça dos três poderes, em direção ao Palácio do Planalto, onde o Presidente os recebeu, ao lado de comandantes da Aeronáutica e do Exército. Muitas e muitos analistas enxergaram aquele episódio como uma tentativa de intimidação dos parlamentares (BENVINDO, 2021). No último dia 7 de setembro, milhares de pessoas vestidas de verde e amarelo foram às ruas das maiores cidades do país, para, inflamados por Bolsonaro, pedirem o fechamento do Supremo Tribunal Federal (STF) e a prisão de ministros da Corte³.

¹ A questão será melhor abordada, quando se discutir o processo de erosão da democracia constitucional brasileira, no capítulo 2, item 2.5.

² No ponto, cf. o artigo de Conrado Hübner Mendes (2022), disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2022/05/manifesto-alarmista-debaixo-de-fuzil.shtml>>. Acesso em: 11 mai. 2022.

³ A respeito das manifestações ocorridas por todo o Brasil no último dia 7 de setembro, cf., por exemplo, a notícia veiculada pelo portal eletrônico do G1, disponível em:

Não é muito difícil perceber que os princípios mais básicos da Constituição de 1988 entraram em um terreno político bastante perigoso. Minorias despossuídas são atacadas; poderes da República, ameaçados; professores universitários, monitorados; instituições responsáveis por fiscalizarem o Presidente e defenderem a democracia, como a Procuradoria-Geral da República, capturadas (MEYER, 2021, p. 214-215). Enquanto isso os temas que continuam sendo vendidos por boa parte dos manuais de direito constitucional ainda parecem bem “dogmáticos”, como o princípio da proporcionalidade, a ponderação de interesses, o juiz-Hércules, o núcleo essencial das cláusulas pétreas etc. Problemas mais sérios, que estão na ordem do dia, parecem ser simplesmente ignorados.

A proposta desta pesquisa, nesse sentido, é tomar um caminho diferente e dar mais atenção a certas perguntas que parecem abandonadas em um terreno baldio teórico, como, por exemplo: por que governos poderosos e a própria maioria do povo continuam se sujeitando a constituições e a decisões de tribunais, mesmo quando estas últimas se colocam como obstáculos em seus caminhos?

De um modo diverso do que vem ocorrendo no Brasil, o Chile está passando por um momento muito especial de sua história. Após uma série de protestos que também tomaram as ruas da capital Santiago em outubro de 2019, os chilenos finalmente conseguiram ir às urnas em maio de 2021, para elegerem os membros de uma nova assembleia constituinte e iniciarem a possível realização de um antigo sonho: o de dar um basta à Constituição de Pinochet, imposta ao país desde 1980 (PAIXÃO; AZEVEDO, 2021)⁴.

<<https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/09/07/manifestantes-fazem-atos-a-favor-de-bolsonaro-no-7-de-setembro.ghtml>>. Acesso em: 18 dez. 2021.

⁴ Nunca é demais lembrar que, de forma muito parecida ao que ocorreu no Brasil em junho de 2013, os protestos chilenos se iniciaram contra o aumento do preço das passagens de metrô, expandindo-se, no decorrer das semanas, para outras áreas como a privatização da saúde, da educação e da previdência social, até de fato incluir como pauta de reivindicações a convocação de uma nova assembleia constituinte; e, de um modo bem semelhante às manifestações do último dia 7 de setembro no Brasil, até mesmo juízes do Tribunal Constitucional chileno entraram na mira das críticas vindas das ruas. É importante anotar que, antes da conclusão desta pesquisa, a constituinte ainda estava em curso, e seus trabalhos estavam previstos para se encerrarem no mês de julho de 2022. Para uma análise mais precisa de todo esse processo chileno, cf. o texto de Paixão e Azevedo (2021), disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/chile-choque-singular-heranca-autoritaria-perspectiva-democratizante-04122021>>. Acesso em: 5 dez 2021.

Mas por que a pressão das ruas em território chileno conseguiu ir tão longe? Por que a Constituição de lá está com seus dias contados, enquanto a brasileira, apesar de todas as ameaças, ainda parece sobreviver?

Alguém poderia dizer que a Constituição chilena foi inspirada em valores de uma época diferente, que já não têm mais ressonância nos dias de hoje; isso até pode fazer sentido, mas nunca é demais lembrar que a Constituição da Argentina é de 1853; passou por vários episódios diversos, incluindo a ditadura que também foi implantada no país durante a década de 1970 e a transição para a democracia, sofrendo apenas algumas reformas no ano de 1994, que mantiveram, todavia, boa parte do texto do século retrasado. O que dizer, então, de constituições ainda mais antigas, como as da Noruega e da Bélgica, que são respectivamente de 1814 e 1831? Ou da Constituição norte-americana, aprovada no fim do século XVIII? Essas constituições não são de épocas ainda mais remotas e diversas, com valores até mesmo em conflito com os que predominam na atualidade?

Outros países, em contrapartida, já tiveram várias constituições ao longo de sua história. Chega a impressionar, por exemplo, que, a cada modificação do cenário político e econômico, o próprio Brasil tenha conhecido nada menos do que 7 constituições diferentes desde sua independência; e que, de forma semelhante, a França – o país do iluminismo – também tenha conhecido o espantoso número de 14 constituições distintas⁵.

Diante disso, parece razoável perguntar: qual a razão para que algumas constituições sobrevivam mais do que outras? Por que as constituições dos EUA e da Argentina, por exemplo, contam com muito mais tempo de vida do que as do Brasil e da França?

Em todos estes países, guerras, graves crises financeiras, golpes ou revoluções aconteceram em alguma medida. É difícil dizer quais dentre eles passaram por mais ou menos “momentos extraordinários”, nos quais, como diz Bruce Ackerman (1991, p. 3-33), novas constituições costumam ser pactuadas. Qual, então, é o motivo pelo qual algumas constituições duram mais do que outras?

⁵ Para uma análise mais ampla a respeito do tempo de vida de diferentes constituições no mundo, cf. Elkins *et al* (2009). E para uma enorme base de dados sobre todas as constituições atualmente existentes, cf. a página eletrônica do denominado *Constitute Project*, um programa de estudos constitucionais comparados coordenado por professores da Universidade de Chicago e do Texas, disponível em: <<https://www.constituteproject.org/>>.

Há não muito tempo, outros países com democracia igualmente em declínio, como Venezuela e Hungria, substituíram suas constituições mais antigas por novos textos constitucionais: a Venezuela em 1999; a Hungria, entre 2011 e 2012. Por que, no Brasil, isso ainda não aconteceu? Afinal, se o governo e grande parte do povo sentem-se em desvantagem diante das regras do jogo, por qual razão eles simplesmente não ignoram a Constituição Federal e impõem uma nova ditadura militar no Brasil? Por que atores nacionais poderosos, com dinheiro e armas, continuam obedecendo juízes apenas com canetas em suas mãos⁶?

O objetivo deste trabalho, enfim, é dar explicações mais realistas ao mistério de como as constituições sobrevivem e também apontar as razões pelas quais atores sociais poderosos aceitam respeitá-las, mesmo quando elas se colocam como obstáculos aos seus interesses mais imediatos. Para dizer de forma definitiva, o que se quer investigar é o seguinte: de quais fatores depende a sobrevivência das constituições?

Antes, porém, que a investigação se inicie, é importante descrever as etapas e as estratégias do argumento que será apresentado nesta pesquisa, a fim de que o raciocínio desenvolvido possa ser entendido sem grandes dificuldades.

B. Plano da Investigação e método de abordagem

Este trabalho divide-se em quatro capítulos diversos, em cada um dos quais a principal pergunta formulada acima – de quais fatores depende a sobrevivência das constituições? – será debatida em partes isoladas. De forma bem simples, a ideia é decompor essa questão central em diferentes problemas secundários, todos eles logicamente distribuídos ao longo desta pesquisa.

Antes de se apontar o conteúdo de cada um desses capítulos, talvez seja interessante construir uma síntese que, desde já, possa resumir as ideias deste trabalho: constituições são pactos, ou, para ser mais exato, barganhas⁷ celebradas por pessoas e

⁶ A pergunta é uma paráfrase da questão levantada pelo professor da Universidade de Harvard, Matthew C. Stephenson, que, impressionado com o respeito que a população devota às decisões tomadas por juízes nos EUA, indaga: “por que pessoas com dinheiro e armas se submetem a outras armadas apenas com martelos?” (STEPHENSON, 2003, p. 59-60).

Assim como esta, todas as demais traduções deste trabalho foram feitas livremente por mim, a não ser que se conste expressamente o nome de outro tradutor.

⁷ De acordo com Elkins *et al.*: “(...) Todas as constituições, em um grau ou outro, são barganhas que envolvem acordos entre partes relevantes” (ELKINS *et al.*, 2009, p. 66).

grupos sociais diferentes, que, em determinados momentos da história, ajustam os arranjos institucionais necessários à proteção e maximização de certos interesses existentes na sociedade.

À luz dessa afirmação, o capítulo 1 se inicia, pretendendo alcançar dois objetivos diferentes: o primeiro deles refere-se à identificação de uma característica básica da maior parte das constituições do mundo contemporâneo⁸, que se manifesta no momento em que elas são discutidas e pactuadas⁹. Referida característica, para esta pesquisa, é o fato das normas constitucionais serem elaboradas ao longo de um processo em que diferentes atores políticos celebram determinadas barganhas entre si, como forma de garantirem seus próprios interesses. Em seguida, a finalidade é discutir sobre até quando essas barganhas produzem seus efeitos e sobrevivem; a ideia, em outras palavras, é apontar um critério objetivo, a partir do qual seja possível dizer que uma determinada constituição perdeu sua vigência e já não existe mais.

Entendidos esses dois momentos diversos – o de como as constituições vêm à vida e o de como elas morrem –, o capítulo 2 pretende dar continuidade ao raciocínio, apontando, primeiramente, o exemplo da Constituição de Weimar, que morreu durante a década de 1930 na Alemanha, quando Hitler chegou ao poder; posteriormente, a finalidade é discutir aquilo que o professor canadense Richard Albert chama de “desmembramento constitucional” (2009), um fenômeno que representa mudanças radicais na identidade, na estrutura e nos valores de uma constituição, sem que, no entanto, haja uma ruptura completa da ordem constitucional em vigor. Logo depois, o objetivo é discutir como atualmente constituições de regimes democráticos têm sido ameaçadas, mencionando-se com um pouco mais de atenção os casos da Hungria, Venezuela e Brasil, de acordo com um debate mais recente feito pela literatura

⁸ Muito embora seja comum citar a Magna Carta da Inglaterra de 1215 e as ideias de Aristóteles em obras como *Ética a Nicômaco* e *Política* como as referências mais antigas do que poderia ser entendido como constituição, ao longo deste trabalho, na linha do que Elkins *et al.* (2009, p. 41) também dizem, entende-se que nenhum modelo universal de constituição realmente existiu antes do surgimento do Estado moderno na virada do século XVIII.

⁹ Como será posteriormente discutido, a ideia de que constituições podem ser entendidas como barganhas não se limita apenas ao momento no qual elas são promulgadas; no curso do tempo, barganhas em torno das normas constitucionais continuam a ser celebradas pelos mais diferentes atores que se engajam no mundo político e jurídico, os quais disputam o sentido mais favorável que uma constituição pode ter aos seus próprios interesses ou aos de seus aliados.

especializada sobre diferentes processos de erosão constitucional que têm ocorrido ao redor do mundo.

No capítulo 3, a ideia é tentar compreender se é possível que as constituições estabeleçam determinados arranjos institucionais capazes de protegê-las, mesmo quando o ambiente político e econômico a sua volta seja sensivelmente transformado. Nesta etapa, o raciocínio desenvolve-se a partir de uma perspectiva endógena, focada na importância das instituições¹⁰ para a defesa das constituições. Por isso, as considerações de James Madison, num primeiro momento, sobre a durabilidade da constituição norte-americana serão bastante importantes; em seguida, após algumas brechas serem apontadas na teoria de Madison, as ideias de Daryl J. Levinson (2011) e Paul Pierson (2004), relacionadas, entre outras coisas, à atuação mais imprevisível das instituições, para a realização de múltiplos objetivos, e à importância do tempo, para a estabilidade delas, serão debatidas. Posteriormente, aproveitando-se dos exemplos mencionados no capítulo 2 – Hungria, Venezuela e Brasil –, serão expostos alguns arranjos institucionais alternativos que poderiam no mínimo dificultar a implementação do processo de erosão que a democracia desses países tem experimentado. Por fim, as considerações de Elkins *et al.* (2009) sobre a flexibilidade das normas constitucionais e sua capacidade para inclusão de interesses mais específicos, que surgem no contexto de uma sociedade cada vez mais complexa, serão igualmente interessantes para o desenvolvimento dos debates.

Por fim, no capítulo 4, a proposta é entender como as constituições conseguem sobreviver por muito tempo, se, em sociedades altamente conflituosas, nem todos os interesses podem ser protegidos por suas normas. A perspectiva a partir da qual os argumentos são apresentados nesse ponto é exógena, com menos atenção nas instituições do Estado e mais no modo pelo qual os membros da sociedade, com interesses muitas vezes em conflito, interagem entre si e se articulam em torno das normas constitucionais. Sob esse aspecto, alguns conceitos serão fundamentais para a compreensão do raciocínio: “racionalidade do medo” e “capacidade de coordenação” que os diferentes interesses

¹⁰ Como Daryl J. Levinson ensina, instituições podem ser entendidas como “estruturas e processos de tomadas de decisão política relativamente estáveis” (LEVINSON, 2011, p. 681). A ideia, em certa medida, como o próprio Levinson destaca, baseia-se nos estudos de Douglas C. North, segundo o qual a característica central de uma instituição seria a persistência de suas normas ao longo do tempo, isto é, a estabilidade de leis que regulam o comportamento humano e definem as regras do jogo na sociedade, mediante a adoção de estruturas duráveis e confiáveis. Entre os exemplos, Levinson menciona o federalismo, a separação de poderes, tribunais, bancos centrais, agências reguladoras, sistemas eleitorais e as próprias constituições.

existentes na sociedade devem possuir, para tornarem as constituições “autoimpositivas” (WEINGAST, 2014, p. 348-351).

Em linhas gerais, esse será o roteiro lógico dos argumentos apresentados neste trabalho. Antes, porém, de se iniciar a discussão de cada um desses capítulos, algumas considerações a respeito do método de abordagem também devem ser feitas neste momento.

Obviamente, as ideias desta pesquisa contam com algumas limitações. A primeira delas é que as conclusões deste trabalho referem-se um tipo de constituição, cujas normas devem estar reunidas em único documento e servir como parâmetro de validade para outras leis consideradas hierarquicamente inferiores. Essa colocação é útil para demonstrar, logo de início, que o que se entende por constituição do Reino Unido não será discutido neste trabalho. Lá, como se sabe, não existe uma constituição codificada¹¹, como no Brasil; o que existe é uma série de leis, práticas e decisões judiciais esparsas que, a depender de seu conteúdo, podem ser consideradas normas constitucionais ou não. Como a identificação de tais normas provoca enormes discussões inclusive entre os britânicos, optou-se por excluir das conclusões desta pesquisa o Reino Unido.

Além disso, as ideias apresentadas neste trabalho contam com outra limitação; elas foram pensadas – em princípio – para constituições de regimes democráticos¹², que, ao menos em tese, estão mais sujeitas aos debates da esfera pública, admitindo maiores possibilidades de transformações. Em regimes autoritários, cujas normas constitucionais são impostas sem nenhum diálogo com a população, constituições sobrevivem basicamente por atos de força, e, ao menos para os propósitos deste trabalho, maiores investigações não seriam necessárias, se não excepcionalmente.

¹¹ Partindo exatamente desses mesmos critérios, para definirem seu objeto de pesquisa, Elkins *et al.* (2009, p. 49) também excluem o Reino Unido de suas apreciações, dizendo que “apesar de, às vezes, ser dito que a Constituição do Reino Unido não é escrita, por causa da existência de várias convenções constitucionais sobre questões importantes, é mais preciso descrever tal Constituição como não codificada”.

¹² Para os propósitos desta pesquisa, entende-se por democracia aquele regime em que, além da realização periódica de eleições, com a possibilidade concreta de alternância do poder, existe também a oportunidade de os cidadãos exercerem alguma influência nas tomadas de decisão política do Estado, tal como Habermas afirma ao ressaltar a importância dos “direitos fundamentais à participação em igualdade de chances nos processos de formação da vontade e da opinião pública, em que os cidadãos exercem sua autonomia política e estabelecem um direito legítimo” (HABERMAS, 2019, p. 156).

Em compensação, esta pesquisa também não chega a requerer cenários ideais; não se pretende trabalhar com o melhor dos mundos, pois tudo o que se exige é que, em um determinado contexto, a constituição em vigor possa ter sua sobrevivência “ameaçada”. Isso pode acontecer tanto em um regime democrático em decadência, perto de se tornar uma autocracia, quanto em um governo autoritário próximo do fim, prestes a encarar uma transição para a democracia. Ameaçada, enfim, é simplesmente uma constituição que pode ser substituída por outra, ainda que ela esteja inserida em um ambiente não democrático.

Paralelamente, este é um estudo de direito constitucional comparado, e isso quer dizer que alguns cuidados especiais, próprios das pesquisas comparativas, são necessários. É muito comum, nessa área de estudos, que, em trabalhos com investigações sobre vários países, seja adotado um método chamado pelos especialistas de *large-N'* (TUSHNET, 2014, p. 6). Esse método é caracterizado pela realização de análises de maior abrangência, que normalmente se utilizam de dados estatísticos mais amplos, com grande volume de informações, que, não poucas vezes, envolvem até mesmo o exame de gráficos. Se, por um lado, esse tipo de estudo consegue abordar inúmeros países em suas análises, por outro, justamente pela abrangência e generalidade de suas observações, acabam perdendo de vista alguns detalhes que podem ser fundamentais para o alcance de certos resultados.

Em sentido contrário, um outro tipo de estudo possível é o que os especialistas denominam de *small-N'* (HIRSCHL, 2006, p. 47). O referido método pode ser entendido como uma seleção de casos específicos, para, a partir deles, tentar encontrar semelhanças e diferenças entre alguns poucos países que se quer examinar. Um bom exemplo seria o estudo sobre como o Tribunal Constitucional Federal alemão e o STF já decidiram sobre a questão do aborto. Se, de um lado, esse método pode chegar a conclusões mais pontuais, de outro, ele nem sempre é capaz de descrever contextos históricos mais amplos, nos quais muitas variáveis podem acabar interferindo nos processos para tomadas de decisão, sem que esse tipo de estudo consiga captar informações mais complexas que também são necessárias à obtenção de conclusões.

Neste trabalho, a proposta é encontrar uma alternativa que esteja no meio desses dois métodos distintos. Por um lado, não se pretende fazer uso de informações estatísticas nem de gráficos variados, que costumam fundamentar análises *large-N'*; por outro lado, não haverá uma escolha de casos específicos que interliguem apenas dois ou três países

diversos, como é típico dos estudos *small-N*. De fato, haverá uma análise relativamente ampla, envolvendo várias nações, que, todavia, serão examinadas conforme o problema central desta pesquisa for desdobrado em diferentes pontos ao longo dos capítulos. A ideia é que, em cada um desses pontos, distintos países sejam discutidos, sem que, na visão geral da pesquisa, perca-se a possibilidade de conclusões coerentes, capazes de darem respostas minimamente satisfatórias ao problema central. Em resumo, o objetivo é desenvolver um estudo *medium-N*¹³.

Se o contexto político e histórico de boa parte dos países for discutido com um pouco mais de atenção, a finalidade é apenas dar um panorama mais seguro às análises, sem que se corra o risco, sempre presente, de se arrancar do contexto fatos específicos que apenas poderiam favorecer opiniões já pré-concebidas – um equívoco metodológico bastante comum em estudos constitucionais comparados chamado de *cherry-picking*¹⁴ (HIRSCHL, 2014, p. 144).

Assim, se ao longo deste trabalho esses cuidados todos forem mantidos, a exposição dos argumentos não terá grandes dificuldades de compreensão; mas, mais importante do que isso, se, ao fim de tudo, esta pesquisa conseguir provocar reflexões sobre como as constituições podem sobreviver e se, antes de mais nada, elas devem realmente sobreviver, em toda e qualquer circunstância, então, será possível dizer que os objetivos pretendidos foram atingidos em cheio.

¹³ Sobre essa possibilidade, cf. Ran Hirschl: “Enquanto estudos do tipo *small-N* podem ser melhores para produzir hipóteses e identificar vínculos causais entre variáveis pertinentes, estudos do tipo *large-N* testam de forma mais efetiva a validade e a aplicabilidade geral de tais vínculos. De fato, os dois tipos podem ser combinados em um único estudo, ambos por um método de análise *medium-N*” (HIRSCHL, 2014, p. 196).

¹⁴ Como Ran Hirschl afirma: “Há problemas metodológicos sérios na referência a casos estrangeiros, como por exemplo a seleção pontual de casos favoráveis, fora de seu contexto de análise, e a designação seletiva de fontes relevantes (para apontar certos países e não outros como fontes legítimas de comparações)” (HIRSCHL, 2014, p. 144).

CAPÍTULO 1 – COMEÇO E FIM DAS CONSTITUIÇÕES

1.1 Considerações iniciais

Como se disse, este capítulo inicia as investigações desta pesquisa, enfrentando duas questões diversas: a primeira delas refere-se à identificação de uma característica básica das constituições da idade contemporânea, que se apresenta sobretudo no momento em que elas são pactuadas (item 1.2), e a segunda, à ocasião a partir da qual se pode afirmar que uma determinada constituição perdeu sua vigência, deixando de existir (item 1.3).

O objetivo da primeira questão, assim, é identificar um aspecto que seja comum a grande parte dos textos constitucionais da contemporaneidade, algo que, em maior ou menor medida, dá forma às constituições, definindo o modo como elas são elaboradas e de fato vêm à vida; o objetivo da segunda, por sua vez, é justamente o contrário, vale dizer, é tentar entender como as constituições morrem, apontando as circunstâncias que tornam possível dizer que um dado texto constitucional já não vige mais.

Entendidas essas duas questões, o próximo capítulo dará continuidade ao raciocínio, demonstrando exemplos de constituições que morreram, foram desmembradas e que estão sendo ameaçadas na atualidade.

1.2 O que caracteriza as constituições da idade contemporânea?

Constituições podem ser definidas a partir de diferentes pontos de vista. Nos livros de direito constitucional, é muito comum que se façam várias referências às noções de constituição, com base em autores diversos, como, por exemplo, Ferdinand Lassalle¹⁵,

¹⁵ Em sua famosa conferência intitulada “Sobre a essência da Constituição”, proferida em 1862, para uma associação de cidadãos de Berlim, Lassalle apresenta sua perspectiva sociológica a respeito do sentido da constituição, dizendo literalmente: “Nós acabamos de ver, meus senhores, o que é a constituição de um país: as relações de poder que de fato existem nele. (...) Essas relações de poder são anotadas em uma folha de papel, dão-se a elas uma expressão escrita, até que, enfim, elas deixam de ser apenas relações de fato, para, a partir de agora, se transformarem em Direito, em institutos jurídicos, e quem contra eles agir será punido”. O texto encontra-se disponível em sua versão original e integral na seguinte página eletrônica: <<https://www.marxists.org/deutsch/referenz/lassalle/1862/xx/verfassungswesen.htm>>. Acesso em: 02 jan 2022.

Hans Kelsen¹⁶ ou Carl Schmitt¹⁷. Em certa medida, até mesmo a classificação ontológica das constituições, feita por Karl Löwenstein¹⁸, também é um método já bem conhecido no Brasil.

Nesta pesquisa, a ideia, obviamente, não é criticar nenhum desses pontos de vista, nem muito menos criar uma outra definição de constituição; tudo o que, na verdade, se quer é apenas destacar um aspecto que, de um ponto de vista muito mais simples, parece caracterizar boa parte das constituições da idade contemporânea¹⁹.

¹⁶ Kelsen, por sua vez, desenvolve sua perspectiva normativa, para descrever o ordenamento jurídico como um sistema hierarquizado de normas, em cujo ápice encontra-se a constituição: “O direito ou o ordenamento jurídico é um sistema de normas legais. E a primeira pergunta, que aqui vale ser respondida, foi formulada pela teoria pura do direito da seguinte maneira: o que fundamenta a unidade de uma multiplicidade de normas jurídicas, ou por que uma determinada norma pertence a uma determinada ordem jurídica? Uma variedade de leis forma uma unidade, um sistema, uma ordem, quando sua validade pode referir-se a uma única norma como seu fundamento último. Essa norma fundamental constitui a fonte geral que confere unidade à diversidade de todas as normas que compõem um ordenamento. E o fato de uma norma pertencer a um determinado ordenamento deriva da circunstância de sua validade poder reportar-se àquela norma que fundamenta toda a ordem constituída” (KELSEN, 2008, p. 73).

¹⁷ Carl Schmitt, de sua parte, aborda as constituições de um ponto de vista político, afirmando o seguinte em sua famosa obra Teoria da Constituição: “A constituição em sentido positivo surge de um ato do Poder Constituinte. O ato da assembleia constituinte, enquanto tal, não contém toda e qualquer normalização, senão que define por uma decisão extraordinária a especial forma de ser do todo da unidade política. Este ato constitui a forma da unidade política, cuja existência é pressuposta. Não é que a unidade política só vem a surgir, quando uma constituição é aprovada. A constituição em sentido positivo contém apenas a definição consciente da especial forma de ser da coletividade, pela qual a unidade política decide-se. Essa forma ainda pode se transformar. E é fundamental que novas formas possam ser instituídas, sem que o Estado, isto é, a unidade política do povo se desfaça. Àquela assembleia constituinte sempre há de pertencer um ator capaz de, por um ato de vontade, criar uma constituição. Uma tal constituição é uma decisão consciente, que a unidade política, pelos titulares do poder constituinte, *por si mesma toma e para si mesma dá*” (SCHMITT, 2017, p. 21 – grifos no original).

¹⁸ Para Löwenstein haveria três tipos básicos de constituições, definidos conforme a relação estabelecida entre texto constitucional e realidade: “Constituição normativa é aquela cujas normas coincidem com a realidade: governo, parlamento e tribunais procedem de acordo com ela e estão a ela atrelados. Nominalista é uma constituição que pode ser designada apenas como um ideal não plenamente realizado pela dinâmica estatal, em razão de circunstâncias sociais mal desenvolvidas, pouca formação política, baixa participação popular ou por qualquer outra razão de ordem sociológica. Finalmente, uma constituição deve ser denominada semântica, quando suas normas servem apenas para legalizar a posição de autoridade dos detentores momentâneos do poder, sem assegurar às forças sociais não oficiais uma livre participação no processo político” (LÖWENSTEIN, 1965, p. 13).

¹⁹ O marco que inicia a idade contemporânea é a Revolução Francesa de 1789, quando então torna-se mais evidente o ideal constitucional de proteção de direitos individuais e de contenção do poder, inclusive das maiorias. Nesse mesmo sentido, por exemplo, cf. David F. L. Gomes: “Havia algo na Revolução Francesa que precisava ser preservado: seu elemento liberal – a igualdade de todos perante a lei, a liberdade negativamente concebida, a proteção da propriedade privada. Contudo, havia algo que devia ser extirpado: seu elemento virtualmente democrático cuja melhor caricatura era o período jacobino, expressão de uma ameaça voluntarista que podia colocar em xeque a estabilidade social, ou melhor, a estabilidade daquela

O aspecto que foi identificado e que, de um jeito ou de outro, marca as constituições da contemporaneidade é o fato delas poderem ser entendidas como barganhas que os membros de uma determinada sociedade estabelecem entre si, a fim de definirem as condições em torno das quais sua convivência será organizada. Sob essa perspectiva, pode-se dizer que por meio dessas barganhas pessoas e grupos com diferentes propósitos decidem os arranjos institucionais que melhor servirão a seus próprios interesses²⁰.

O ambiente em que as constituições são debatidas e negociadas pode ter diversas características: primeiramente, pode-se falar de uma revolução, como a de 1776 nos EUA, que tornaram-se independentes da Inglaterra e, logo em seguida, iniciaram as tratativas para sua Constituição; ou como a que aconteceu na França em 1789 e que, nas palavras de Hannah Arendt, “colocou fogo no mundo” (ARENDDT, 1990, p. 55)²¹. Pode-se lembrar de guerras, como as que ocorreram na Europa no século passado, ao fim das quais alguns países acabaram elaborando suas constituições: a Itália, em 1947, e a Alemanha, em 1949. Ainda dentro do continente europeu, destaca-se também o fim de regimes autoritários, como aconteceu em Portugal e na Espanha, cujas constituições são respectivamente de 1976 e 1978, aprovadas logo após o fim das ditaduras de Salazar e Francisco Franco.

No mesmo sentido – de fim de ditaduras –, pode-se citar vários países da América Latina, como por exemplo o Brasil, que promulgou uma nova Constituição em outubro de 1988. Em relação à Constituição da Índia, que é de 1950, pode-se falar de sua independência frente à metrópole inglesa no ano de 1947, situação bem semelhante a de certos países africanos, que, ao longo do século XX, também conquistaram sua

figura institucional que, a essa altura, estava suficientemente consolidada – o Estado moderno” (GOMES, 2016, p. 118).

²⁰ Como será melhor debatido no capítulo 3, apesar de veicularem determinados valores substantivos, relativos aos direitos fundamentais ou à própria democracia, constituições não deixam de ser entendidas como um tipo específico de instituição, na medida em que elas são negociadas em momentos de considerável incerteza sobre o futuro e também se apresentam como uma espécie de meio para o alcance de múltiplos objetivos, incentivando os mais diversos agentes a obedecerem suas normas, a fim de que não adotem caminhos alternativos mais custosos.

²¹ Nas palavras de Hannah Arendt: “Foi a Revolução Francesa e não Americana que colocou fogo no mundo, e foi em razão do curso da própria revolução na França, e não do curso dos eventos na América, nem dos atos dos pais fundadores, que nosso uso atual da palavra revolução recebeu suas conotações e implicações em todos os lugares, não excluídos os Estados Unidos” (ARENDDT, 1990, p. 55).

independência diante de países europeus²², como, por exemplo, a Nigéria, em 1960. Na África do Sul, destaca-se particularmente o fim do *apartheid*, com a consequente aprovação de uma nova Constituição entre 1996 e 1997.

A primeira impressão que fica, após a descrição de todos esses cenários, é a de que eles representariam momentos de grande comoção popular, definidos pelo professor norte-americano Bruce Ackerman como “momentos extraordinários” (ACKERMAN, 1991, p. 3-33)²³. Porém, além de todas as críticas que são possíveis de serem feitas às ideias do referido professor²⁴, o que se enfatiza nesses episódios não é o grau de mobilização popular que eles até podem ter, mas o fato de que, com o fim de uma guerra, de uma revolução, de um governo autoritário ou estrangeiro, o ambiente em que uma nova constituição é negociada é caracterizado por uma considerável sensação de incerteza quanto ao futuro.

Constituições, em outras palavras, podem até ser debatidas em momentos de intenso engajamento popular, mas, muito mais do que isso, elas são elaboradas em situações de bastante insegurança em relação ao que há de ser realmente decidido no país.

²² Como Berihun Adugna Gebeye afirma, os princípios do constitucionalismo liberal foram impostos aos países africanos até mesmo como condição para sua independência, o que contribuiu para sua consolidação como ideologia dominante em praticamente todos os continentes: “Com o fim da guerra fria e o triunfo da democracia liberal, o constitucionalismo global influenciou os desenhos constitucionais de muitos estados africanos, ao mesmo tempo em que ideias constitucionais migravam e se espalhavam por todo o mundo” (GEBEYE, 2021, p. 42).

²³ Momentos extraordinários são aqueles em que o povo se envolve profundamente com a construção do significado de sua constituição, tomando decisões capazes de alterar a ordem política do país. Ordinários, por outro lado, são aqueles em que, logo após esgotada essa fase de engajamento mais intenso, a maioria da população retorna a seus próprios afazeres, deixando que a classe política conduza os assuntos públicos e tome as decisões necessárias ao cotidiano da vida em sociedade. Ambos os momentos, ao longo da história dos EUA, caracterizam o chamado “dualismo constitucional”, que, segundo Bruce Ackerman, estabelece uma diferença “entre dois tipos diversos de decisão, que podem ser tomados em uma democracia. A primeira é a decisão do povo americano; a segunda, a do governo” (ACKERMAN, 1989, p. 461).

²⁴ Uma das críticas mais conhecidas é que não se pode tão facilmente diferenciar um momento extraordinário de outro que seja apenas ordinário; diversos protestos ao redor do mundo como os de maio de 1968 na França, o “Ocupem Wall Street” nos EUA em 2011, os Indignados na Espanha no mesmo ano e as grandes manifestações de junho de 2013 no Brasil, em meio à Copa das Confederações, foram momentos de grande mobilização popular que, todavia, não resultaram em novos desenhos constitucionais em nenhum desses países. Nações como o Chile, por exemplo, passaram por transições entre regimes autoritários e democráticos, sem que uma nova constituição fosse feita; só mais recentemente é que protestos feitos nas ruas de Santiago conseguiram dar origem a uma nova assembleia constituinte no país, sem que seja possível distinguir com exatidão porque esse momento no Chile teria sido mais extraordinário do que todos os outros aqui mencionados. Para uma análise crítica das ideias de Bruce Ackerman, cf., por todos, o excelente artigo de Juliano Zaiden Benvindo (2015, p. 363-426).

Por mais que em cenários semelhantes aos que foram apontados haja um forte sentimento de união, a verdade é que a vida em sociedade é profundamente marcada por divisões, que colocam pessoas e grupos em lados muitas vezes opostos, obrigando-os a se empenharem pela garantia daquilo que lhes é mais vantajoso. Além disso, como a elaboração de uma constituição significa a instauração de um novo regime, é de se esperar que se estabeleça um conflito entre as forças do passado, que insistem em se manter na realidade futura, e as expectativas de outros agentes, que aspiram a construção de um mundo novo (BENVINDO, 2017, p. 352).

Sem que se queira descartar qualquer chance de cooperação entre os atores envolvidos no processo de discussão das normas constitucionais, o ponto que merece destaque é que constituições são debatidas em ambientes de muitas incertezas e suspeitas, que acabam incentivando a atuação estratégica de agentes detentores de múltiplos interesses em rota de colisão. Se alguma metáfora pudesse ser utilizada para ilustrar esse cenário, ela seria a de um jogo de xadrez, cujos participantes disputam a sobrevivência de suas próprias peças (O'DONNELL; SCHMITTER, 1986, p. 66-72)²⁵. Os protagonistas, por assim dizer, sentam-se à mesa, observam as regras do jogo, prestam atenção nos movimentos realizados pelo adversário e adotam as estratégias capazes de os favorecerem, sem que, todavia, tenham qualquer controle sobre o resultado final da partida.

Como Adam Przeworski afirma, o processo de elaboração de uma nova constituição é um processo de “sujeição de todos os interesses à incerteza” (PRZEWORSKI, 1986, p. 58)²⁶. E, a rigor, só não haverá essa incerteza, se alguns

²⁵ Em obra bastante famosa sobre as transições políticas ocorridas na América Latina, durante as décadas de 80 e 90 do século passado, os professores Guillermo O'Donnell e Philippe Schmitter propõem a metáfora de um jogo de xadrez, com as devidas adaptações, para melhor descreverem o cenário em que as negociações em torno das constituições foram feitas em diversos países do continente: “Para ilustrar essa situação, nós propomos a metáfora de um jogo de xadrez em múltiplos estratos. Em tal jogo, à já grande dificuldade de uma partida normal de xadrez, são adicionadas combinações e trocas quase infinitas, resultantes da habilidade de cada jogador de, com seus movimentos, elevarem o nível da disputa a níveis cada vez mais complexos. Qualquer um que já tenha participado de um jogo assim terá experimentado a frustração de não saber até o fim da partida quem será o vencedor, por quais razões e com quais peças. Vitórias e derrotas frequentemente acontecem por maneiras que não eram esperadas por nenhum jogador” (O'DONNELL; SCHMITTER, 1986, p. 66). Como será visto no capítulo 4, item 4.2, essa metáfora será novamente recuperada, para a formação das conclusões finais deste trabalho.

²⁶ Ao debater o processo de institucionalização da democracia, logo após o fim de um regime militar, quando então constituições costumam ser negociadas, Adam Przeworski afirma: “O processo de estabelecimento da democracia é um processo de institucionalização de incertezas, de sujeição de todos os interesses à incerteza. Em um regime autoritário, alguns grupos, normalmente as forças armadas, têm

pequenos grupos detiverem o controle das coisas e tiverem a capacidade de interferirem nas regras do jogo, impedindo resultados contrários a seus próprios interesses. Algo semelhante aconteceu, por exemplo, na Espanha, durante a Segunda República (1931-1939), quando grandes proprietários de terras, líderes da Igreja e industriais sentiram-se ameaçados diante das mudanças anunciadas pelo novo governo, que havia sido democraticamente eleito, e decidiram apoiar o general Francisco Franco na guerra civil contra o regime, impedindo um desfecho que pudesse lhes prejudicar (WEINGAST, 2014, p. 349).

Mas o interessante é que mesmo em contextos assim, em que a maioria do povo é impedida de decidir sobre seu próprio destino, constituições não deixam de ser negociadas. Essa é uma grande razão, aliás, para se duvidar do caráter extraordinário de certos momentos constitucionais, que nem sempre contam com grandes mobilizações populares. Às vezes, constituições são discutidas em ambientes de portas fechadas, cuja entrada é garantida apenas a pequenos grupos da sociedade. Isso, todavia, não exclui o fato de que, mesmo assim, pactos sejam celebrados entre os atores envolvidos com aquele processo de elaboração das normas constitucionais. Como Elkins *et al.* afirmam, “no mundo real, constituições são barganhas políticas que variam de acordo com o nível de inclusão dos membros da comunidade” (ELKINS *et al.*, 2009, p. 62). E, ainda que apenas as elites tenham condições de negociarem sobre o conteúdo das normas de uma constituição, nem por isso pode-se descartar o fato de que barganhas sejam estabelecidas entre elas (WEINGAST, 1997, p. 262). Um bom exemplo de tal situação é a Constituição japonesa de 1889, que foi discutida por um pequeno grupo de agentes e anunciada como um presente do imperador ao povo (ELKINS *et al.*, p. 62)²⁷.

capacidade de interferirem sempre que o resultado de uma disputa for contrário ao seu programa ou aos seus interesses. Portanto, a situação pode ser incerta do ponto de vista de alguns grupos – aqueles que estão excluídos do poder e que devem considerar a intervenção das forças armadas como uma eventualidade. Mas alguns outros grupos têm um alto grau de controle sobre a situação, no sentido de que eles não podem ser forçados a aceitarem resultados indesejáveis. Em uma democracia, nenhum grupo é capaz de intervir quando os resultados das disputas violarem seus próprios interesses. Democracia significa que todos os grupos devem sujeitar seus interesses à incerteza. É esse ato mesmo de perda do controle sobre os resultados das disputas que constitui o passo decisivo em direção à democracia” (PRZEWORSKI, 1986, p. 58).

²⁷ A Lei Fundamental alemã, de 1949, também poderia ser melhor discutida neste ponto. Muito embora o processo de elaboração das normas constitucionais estivesse “nas mãos da política”, era preciso que ela observasse as diretrizes das forças de ocupação, que haviam vencido a II guerra mundial. Sem dúvida, houve todo um processo de discussão para aprovação da Lei Fundamental alemã, que passava pelas recomendações de Londres de 7 de junho de 1948, pela Convenção Constituinte de Herrenchiemsee e pelo Conselho Parlamentar composto por representantes eleitos pelas assembleias dos Estados alemães do lado

Obviamente, também não há como negar que, em outras situações, constituições são debatidas com grandes parcelas da população, obtendo níveis muito maiores de legitimidade democrática. Nesse aspecto, a Constituição brasileira de 1988 é que é um bom exemplo. Como Leonardo Barbosa afirma, “não há notícia, na história do país, de movimento em prol de uma mudança constitucional que tenha articulado, ao longo de tantos anos, um leque tão vasto de apoio por parte de instituições e movimentos tão representativos” (BARBOSA, 2009, p. 307).

É verdade que há quem faça duras críticas aos trabalhos realizados pela constituinte de 1987-88, como, por exemplo, a professora da Universidade de Harvard Frances Hagopian, que diz que a transição brasileira levou o país a uma “democracia por meios não democráticos” (1990)²⁸. Em certa medida, suas ideias parecem fazer sentido, especialmente quando se descobre que, em meio às barganhas ajustadas pelos parlamentares, não só antigos privilégios das elites foram assegurados, como também os próprios militares garantiram a anistia de seus crimes e que, além disso, algumas corporações como o Judiciário e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) também se aproveitaram daquele momento para fazerem seu *lobby* e obterem a fatia do bolo que lhes convinha²⁹.

Mas, como em outro sentido diz Juliano Zaiden Benvindo, não se pode esquecer do papel significativo que a sociedade civil organizada também desempenhou ao longo dos trabalhos da constituinte (BENVINDO, 2017, p. 332-357). Por mais que as elites tenham conseguido assegurar seus privilégios e tendências autoritárias ainda tenham

ocidental. Em todas essas etapas, tanto as linhas fundamentais quanto os detalhes do Estado de Direito, do federalismo, dos direitos fundamentais, das competências da administração e do legislativo foram discutidas. Os protagonistas, porém, de todo esse processo não foram os cidadãos alemães, mas as potências vencedoras da guerra, que, ao fim de tudo, autorizaram em 12.05.1949, a aprovação do texto da Lei Fundamental pelo Conselho Parlamentar. Para uma análise mais completa desse episódio, cf. a obra fundamental de Michael Stolleis (2014), em especial as páginas 135-137.

²⁸ Na opinião da referida professora, a assembleia constituinte acabou servindo como um palco para vários tipos de negociações pelas quais antigos privilégios das elites brasileiras mantiveram-se praticamente intocados na nova estrutura institucional. Segundo suas próprias palavras, os pactos ajustados durante aquele processo “não ampliaram, nem aprofundaram a democracia, e os políticos que os forjaram não criaram instituições democráticas fortes, nem aderiram a práticas políticas democráticas” (HAGOPIAN, 1990, p. 166). E se, de algum modo, foi possível que a democracia brasileira posteriormente se desenvolvesse, isso teria ocorrido apesar dos pactos da constituinte e não por causa deles.

²⁹ No ponto, cf., por exemplo, os trabalhos de Alexandre D. Z. de Carvalho (2016), sobre o *lobby* feito por membros do Judiciário durante a constituinte, e de Maria Pia Guerra e Ana Carolina Couto (2018), sobre a atuação mais corporativa da OAB.

encontrado espaço no novo desenho institucional, o povo não assistiu passivamente os debates da constituinte; algo diferente acontecia na realidade brasileira naquele momento. Uma ruptura com o passado autoritário, queira ou não, foi feita, com a perda paulatina do controle pelos militares do processo de elaboração da Constituição de 88, que, graças às comissões, à realização de audiências públicas e a propostas de emendas populares, acabou contando com uma participação do povo que, ao longo do tempo, tornava-se cada vez maior.

De acordo com Benvindo, uma considerável margem de incerteza sobre os resultados daqueles debates seria a melhor forma de descrição dos eventos políticos que rondaram a constituinte, nos quais “tanto as elites quanto muitos grupos da sociedade civil organizada colaboraram com o projeto de elaboração de uma nova constituição democrática” (Ibidem, p. 351).

Talvez essa também seja a melhor maneira de se resumir essas ideias: constituições são barganhas políticas que diferentes grupos ajustam entre si, segundo as regras de um jogo cujo resultado não é controlado por ninguém, o que obriga todos os agentes a adotarem estratégias capazes de fazerem com que seus interesses sejam ao fim garantidos. Em certas situações, nem sempre haverá uma grande mobilização popular para a definição das normas constitucionais, que podem acabar sendo negociadas apenas por pequenos grupos da sociedade; em outras, é possível que o povo se engaje com muito mais intensidade, mas, nem por isso, será possível falar em um cenário de grande integração; muitas forças do passado podem insistir na manutenção de seus privilégios, e os mais diversos tipos de atores irão se mobilizar conforme a melhor maneira de assegurar seus interesses, sem que, todavia, o resultado final seja de fato controlado por alguém. É, assim, nesse jogo de xadrez com vários *players* que constituições do mundo contemporâneo são pactuadas.

E são pactuadas, de fato, não somente no período em que são elaboradas; mesmo depois de já terem sido promulgadas, constituições continuam sendo objeto de barganhas. Basta prestar atenção, por exemplo, nas negociações que são feitas em torno da aprovação de emendas constitucionais³⁰; no modo como funcionam as indicações e aprovações de

³⁰ Como Juliano Zaiden Benvindo afirma, ao analisar a teoria das escolhas racionais e sua aplicação durante o processo para aprovação de emendas: “O propósito aqui é simplesmente observar que, quando a aplicação dos desenhos constitucionais sobre as emendas à constituição entra em cena, é imperativo analisar como os agentes políticos se comportam, como suas estratégias são (ou não) planejadas e como suas escolhas

juízes para os tribunais superiores; em como esses mesmos juízes estrategicamente atuam, ao interpretarem as regras e os princípios constitucionais³¹; e até mesmo na forma como são feitas as discussões sobre o orçamento do Estado, relativas à implementação das políticas públicas necessárias à promoção de direitos fundamentais. Acreditar que a aprovação de uma emenda, a interpretação de uma determinada norma ou a liberação de verbas para a realização de direitos são questões discutidas por atores interessados apenas em descobrir o real significado dos princípios e regras constitucionais parece uma grande ilusão³². Em todas essas situações, entram em cena os mais diversos interesses, que são negociados conforme aquilo que for mais adequado à satisfação de cada um deles.

Feitas essas considerações, e entendido que constituições são barganhas políticas, pode-se passar à discussão sobre até quando é possível dizer que essas mesmas barganhas produzem efeitos e sobrevivem.

1.3 Até que ponto é possível dizer que uma constituição sobrevive?

Quando os membros de uma determinada sociedade finalmente chegam a um acordo a respeito das normas constitucionais que irão regular sua convivência, o objetivo é que as decisões tomadas por eles tenham uma longa duração na linha da história, vinculando, se possível, até mesmo as gerações futuras³³. Como Tom Ginsburg afirma, constituições operam no tempo, almejando “regular o futuro em nome do passado”

impactam os desdobramentos futuros. Quando os parlamentos e seus procedimentos tornam-se um ponto de atenção, a imagem de um tabuleiro de xadrez deve imediatamente vir à mente” (BENVINDO, 2020, p. 736).

³¹ No mesmo sentido, cf., por exemplo, as afirmações de Benvindo e Estorilio, que analisam a atuação estratégica que ministros do STF adotam, para decidirem um determinado caso e imporem uma certa agenda, seja na interação interna, entre eles próprios, seja na interação externa, com os outros poderes da República: “Como *player* da barganha política, o direito e o perfil deliberativo tornam-se secundários, embora sejam instrumentalizados para a justificação da prática política. Por isso, tem-se o abuso constitucional: usa-se o direito constitucional – e os próprios procedimentos que buscam efetivá-lo na prática – contra o próprio constitucionalismo. Ao diagnosticar essas formas de abuso, torna-se mais simples demonstrar como a corte se familiariza com os bastidores de outros poderes e reserva para si um privilégio político maior – ou, ainda, a corte sofre e negocia a violência do poder de barganha das outras casas” (BENVINDO; ESTORILIO, 2017, p. 189).

³² Ao desdenharem de perspectivas puramente normativas, que são dominantes nas análises jurídicas sobre o funcionamento do direito, Przeworski e Maravall afirmam: “A concepção normativa do Estado de Direito é uma invenção dos juristas. É implausível enquanto descrição. E incompleta enquanto explicação” (PRZEWORSKI; MARAVALL, 2003, p. 1).

³³ De acordo com Elkins *et al.*: “Nós assumimos que constituições são barganhas negociadas entre elites que – ao menos sob a perspectiva de tais atores – pretendem ser duradouras” (ELKINS *et al.*, 2009, p. 7).

(GINSBURG, 2011, p. 112). Nesse sentido, há quem fale que o processo para a elaboração de uma constituição é um ato de “imperialismo temporal” (DIXON; GINSBURG, 2011, p. 636), pelo qual as gerações pretéritas tomam decisões que vinculam e restringem o poder de escolha das gerações futuras³⁴.

Tamanhos são os problemas resultantes desse imperialismo temporal que muitas discussões já foram feitas sobre a legitimidade democrática das constituições. No cenário norte-americano, por exemplo, o então presidente Thomas Jefferson demonstrou preocupação com uma vida muito extensa da Constituição dos EUA, o que, em sua concepção, poderia subtrair das gerações futuras o direito de se autogovernarem e de escolherem seus próprios caminhos. Por isso, ele chegou a sugerir que a cada 19 anos³⁵ uma nova convenção constituinte fosse realizada, para que se evitasse uma espécie de “governo dos mortos sobre os vivos” (GINSBURG, 2011, p. 113).

Em linha semelhante, no contexto dos debates em torno da constituição francesa, o artigo 28, da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1793, dizia que um povo deveria ter sempre o direito de rever, reformar e mudar sua constituição, pois uma geração não poderia sujeitar as gerações futuras a suas próprias leis (ELKINS *et al.*, 2009, p. 13).

O objetivo desta pesquisa, todavia, como já foi mencionado, não é tanto o de encontrar uma solução para esse conflito entre constitucionalismo e democracia³⁶, mas,

³⁴ A este respeito, veja-se a conhecida afirmação de Noah Webster, citado por Rosalind Dixon e Tom Ginsburg (DIXON; GINSBURG, 2011, p. 637): “O esforço de se fazer constituições perpétuas é uma presunção do direito de controlar as opiniões das gerações futuras; e de legislar para aqueles sobre os quais temos tão pouca autoridade quanto temos sobre uma nação na Ásia”.

³⁵ Curiosamente, após uma enorme pesquisa envolvendo todas as constituições do mundo, desde 1789 até a primeira década dos anos 2000, Elkins *et al.* afirmam: “De fato, a expectativa de vida de uma constituição nacional em nossos dados é de 19 anos, precisamente o período que Jefferson estabeleceu como ideal” (ELKINS *et al.*, 2009, p. 2). Tal informação será novamente feita mais à frente, ao longo do capítulo 6, quando os autores esclarecem a metodologia utilizada, para aferirem com mais exatidão o tempo médio de vida de cada constituição do mundo (Ibidem, p. 129).

³⁶ Destacando que o conflito entre constitucionalismo e democracia não é necessariamente incontornável, mas uma tensão produtiva, em virtude da qual ambos são simultânea e reciprocamente constitutivos um do outro, o professor Menelick de Carvalho Netto afirma: “Se, por um lado, democracia e constitucionalismo efetivamente se opõem, se esses dois conceitos operam, eles próprios, como princípios opostos, como princípios contrários – e há, de fato, uma grande tensão entre eles –, por outro lado, é fundamental ter em conta que, ainda que contrários, eles não se contradizem, mas supõem-se mutuamente. (...) Esses princípios, se são efetivamente contrários, atrevemo-nos a afirmar, não são contraditórios entre si, mas precisamente ao contrário, são equiprimordiais e co-originários” (CARVALHO NETTO, 2021, p. 116).

mais especificamente, o de apontar os fatores que são necessários à garantia do maior tempo de vida das próprias constituições. Se elas de fato impõem a sujeição das gerações futuras às escolhas que foram feitas por pessoas e grupos que viviam em uma outra época, então, ao invés de tentar justificar esse imperialismo temporal, a pergunta que mais propriamente se quer responder neste tópico é: até que ponto pode-se afirmar que um dado texto constitucional está em vigor e continua impondo seus comandos à vida em sociedade?

Identificar o momento a partir do qual é possível dizer que uma determinada constituição está morta e já não mais produz os efeitos para os quais ela foi imaginada pode até parecer simples, mas por trás dessa aparente facilidade escondem-se alguns detalhes que tornam as investigações desta pesquisa muito mais difíceis. Como foi mencionado no item anterior, constituições podem ser definidas a partir de diferentes pontos de vista, e um desses pontos citados foi o de Ferdinand Lassalle, que, sob uma perspectiva sociológica, dizia que, caso uma constituição não incorporasse em seu próprio texto os fatores reais de poder existentes na sociedade, ela não passaria de uma simples “folha de papel” (1862)³⁷. Constituições, assim, que não passam de uma mera folha de papel produzem os efeitos para os quais elas foram pensadas ou, ao contrário, estão mortas, apesar de sua vigência do ponto de vista formal?

Este é um tema que pode parecer antigo, mas ele está longe de ser superado; tão longe que até mesmo em trabalhos mais recentes ele não deixou de ser discutido. Como também foi mencionado no item anterior, Karl Löwenstein estabeleceu uma distinção entre três tipos diferentes de constituição, definidos conforme o nível de interação existente entre o texto constitucional respectivo e a realidade a sua volta (1965)³⁸. Em sua classificação ontológica, as constituições poderiam ser normativas, nominalistas ou semânticas. Neste ponto, o tipo que se destaca é o da denominada “constituição nominalista”, cujas disposições sofrem determinados bloqueios políticos que impedem sua concretização imediata, com a persistência de uma nítida contradição entre aquilo que

³⁷ Nas palavras do próprio Lassalle: “Até aqui nós vimos, meus senhores, como se relacionar com ambas as constituições de um país, com a constituição verdadeira, as relações de poder de fato, que em uma sociedade existem, e com a constituição escrita, que, ao contrário da primeira, apenas como folha de papel poderíamos designar”. Disponível em: <<https://www.marxists.org/deutsch/referenz/lassalle/1862/xx/verfassungswesen.htm>>. Acesso em: 30 jan 2022.

³⁸ Cf. a nota de n. 18 acima.

é estabelecido por suas normas e a práxis do poder (NEVES, 2011, p. 107). Assim, do mesmo modo como se perguntou sobre a constituição de Lassalle, uma constituição nominalista, que não consegue se impor na prática, está viva ou pode ser considerada morta?

Quem, em sentido semelhante, também desenvolveu um trabalho monumental sobre constituições chamadas “fraudulentas” foi David Law e Mila Versteeg (2013, p. 863-952). No estudo apresentado por eles, entende-se como constituição fraudulenta aquela que entrega muito menos do que promete, em matéria de proteção de direitos. Segundo suas próprias palavras, “a mera previsão de direitos em uma constituição não se traduz em efetivo respeito a eles na prática” (Ibidem, p. 892). Na verdade, quanto mais extensas são as declarações feitas por certas constituições, menores costumam ser os índices de respeito aos direitos humanos que elas mesmas estabelecem³⁹.

O trabalho desenvolvido por Versteeg e Law é enorme: todas as constituições do mundo, dentro de um período de seis décadas, foram examinadas. Isso quer dizer que, desde 1946 a 2010, um universo de 729 constituições de 188 países foi investigado. Para que eles pudessem chegar a uma conclusão segura a respeito do que poderia ser entendido como uma constituição fraudulenta, três diferentes categorias de direitos foram criadas: a) direitos de integridade pessoal; b) liberdades civis e políticas; e c) direitos socioeconômicos e de grupos minoritários (Ibidem, p. 886). Em relação a cada uma dessas categorias, foram utilizados diferentes critérios de medição⁴⁰; e como nem todas as constituições do mundo fazem a previsão de todos esses direitos, os autores tiveram o cuidado de separar os países que possuem constituições mais ambiciosas daqueles que

³⁹ De acordo com Law e Versteeg: “Para os propósitos deste artigo uma constituição é classificada como fraudulenta, se ela não cumprir suas próprias disposições na prática. Nós estabelecemos as bases dessa definição ao simplesmente olharmos para a magnitude do abismo existente entre o que um país promete em sua constituição e o que ele entrega na prática: quanto maior for a lacuna, com mais segurança uma constituição pode ser identificada como fraudulenta” (LAW; VERSTEEG, 2013, p. 880).

⁴⁰ Para os direitos de integridade pessoal e as liberdades civis e políticas, os autores (2013, p. 888-889) utilizaram-se do índice fornecido pelo *CIRI Human Rights Data Project*, que envolve nada menos que 195 países, no período de 1981 a 2010, conforme uma escala de pontuação que possui três níveis diferentes; em relação aos direitos de grupos minoritários e socioeconômicos, foram utilizados os índices disponibilizados pelos seguintes projetos: *Minorities at Risk Project* (<<http://www.cidcm.umd>>); *Figures on the Death Penalty*, da Anistia Internacional (<<http://www.amnesty.org/en/deathpenalty/numbers.edu/mar>>); *Oona Hathaway's coding of fair trial rights*; e *World Bank's World Development* referente a taxas de analfabetismo e de expectativa de vida.

possuem outras mais modestas⁴¹. O resultado foi a elaboração de diversos *rankings*, definidos conforme a classificação dos países que mais respeitam ou mais violam os direitos que suas próprias constituições estabelecem⁴².

De um modo geral, os países que mais obedeciam suas constituições, apesar delas possuírem um extenso rol de direitos, no ano de 2010, eram os seguintes: Finlândia, Islândia, Eslovênia, República Tcheca e Suíça. Em contrapartida, os países que possuíam constituições extremamente generosas do ponto de vista da declaração de direitos, mas que mais os violavam na prática, no ano de 2010, eram os seguintes: Nigéria, Eritreia, Mianmar, Sudão e Rússia (Ibidem, p. 899).

A pergunta que logicamente se faz, diante de todas essas observações, só pode ser esta: nesses cinco últimos países citados, as constituições ainda sobrevivem ou, ao contrário, já estão mortas? O simples fato de certas constituições serem adjetivadas como “folhas de papel”, “fraudulentas” e “nominalistas” já indica que sim, elas vivem, estão em vigor e prestam-se minimamente ao cumprimento de determinadas funções, por mais indignas que elas sejam.

Muitos poderiam dizer que tudo isso se trata de uma questão de efetividade e que, como já ensinava Konrad Hesse, bastaria que na consciência geral da população e na consciência particular dos responsáveis por aplicar as normas constitucionais “estivesse viva não apenas a vontade de poder, mas antes de tudo a vontade de constituição” (HESSE, 2019, p. 8). Apesar de revelar uma certa ingenuidade, essa afirmação virou um verdadeiro *slogan* no Brasil e fez toda uma escola que, na expressão de Gilberto

⁴¹ A finalidade dos autores, ao diferenciarem países com constituições fortes e outras mais fracas, era a de estabelecer um parâmetro razoável de comparação, que pudesse colocar lado-a-lado Estados que tivessem constituições mais ou menos semelhantes. Assim, países como a Austrália, Dinamarca e Noruega, que não fazem extensas declarações de direitos em suas constituições, não seriam diretamente comparados com países como Finlândia, Suíça e Suécia, que, diferentemente, possuem constituições mais generosas, do ponto de vista da previsão de direitos em seus textos. Nesse sentido, parece desnecessário explicar que estes últimos países acabam entregando menos do que prometem, em relação àquele primeiro grupo de nações, sem que, todavia, seja razoável dizer que suas constituições são necessariamente fraudulentas.

⁴² Em relação à primeira categoria de direitos, os países que mais respeitavam suas constituições no ano de 2010 eram: República Tcheca, Finlândia e Islândia; os países que mais os violavam eram: Nigéria, Paquistão e Índia. Quanto aos direitos da segunda categoria, os que mais os protegiam, no mesmo ano de 2010, eram: Canadá, Chile e Costa Rica; os que mais os afrontavam eram: Eritreia, Mianmar e Nigéria; finalmente, em relação à terceira categoria de direitos, os países que mais cumpriam suas constituições eram: Itália, Eslovênia e Bélgica; os que mais os violavam eram: Afeganistão, Chade e Guiné-Bissau (LAW; VERSTEEG, 2013, p. 903-907).

Bercovici, “se autointitulou doutrina brasileira da efetividade” (BERCOVICI, 2009, p. 409). Referida doutrina, todavia, serviu mais para justificar a expansão da atividade judicial nesses últimos anos do que para responder questões mais importantes do constitucionalismo.

Quem, neste ponto, trouxe contribuições mais significativas foi o professor Marcelo Neves, com sua obra sobre a constitucionalização simbólica (2011). De acordo com o mencionado professor, titular da Universidade de Brasília (UnB), uma constituição simbólica operaria ao menos em dois sentidos diversos: em sentido negativo, o texto constitucional não é suficientemente concretizado na realidade, pois falta a ele a capacidade que se espera de uma constituição para orientar as expectativas de comportamento na vida em sociedade, prevalecendo um déficit generalizado de concretização jurídico-normativa de suas normas (NEVES, 2011, p. 90-94)⁴³; em sentido positivo, além das disposições constitucionais não serem capazes de regular condutas, nem de orientar expectativas conforme suas próprias determinações, elas respondem “a exigências e objetivos políticos concretos” (Ibidem, p. 96), cumprindo uma função ideológica, que traduz uma representação ilusória da realidade. A situação real da sociedade, em outras palavras, só conseguiria corresponder ao modelo ideal de mundo descrito no texto constitucional, se houvesse uma profunda transformação da realidade. O fato, porém, é que, ao fazer uma reverência meramente retórica a determinados valores como democracia e paz, a constituição disfarça os problemas sociais existentes, servindo apenas como fachada ou propaganda do país destinada, por exemplo, a sua boa imagem no cenário internacional (Ibidem, p. 97). A consequência é que o caminho das mudanças em direção ao proclamado Estado constitucional acaba sendo obstruído, imunizando-se o sistema contra outras alternativas (Ibidem, p. 99)⁴⁴.

⁴³ Baseando-se na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, o professor Marcelo Neves explica, com suas próprias palavras, como deve ser entendida a constitucionalização simbólica em sentido negativo: “(...) no caso da constitucionalização simbólica ocorre o bloqueio permanente e estrutural da concretização dos critérios/programas jurídico-constitucionais pela injunção de outros códigos sistêmicos e por determinações do ‘mundo da vida’, de tal maneira que, no plano constitucional, ao código ‘lícito/ilícito’ sobrepõem-se outros códigos-diferença orientadores da ação e da vivência sociais. Nessa perspectiva, mesmo que se admita a diferença entre constitucional e inconstitucional como código autônomo no interior do sistema jurídico, ‘o problema reside não apenas na constitucionalidade do direito, ele reside, primeiramente, já na juridicidade da Constituição’” (NEVES, 2011, p. 93).

⁴⁴ Como o próprio professor ensina sobre a função ideológica da constitucionalização simbólica em sentido positivo: “Ao discurso do poder pertencem, então, a invocação permanente do documento constitucional como estrutura normativa garantidora dos direitos fundamentais (civis, políticos e sociais), da ‘divisão’ de

Essas colocações do professor Marcelo Neves são extremamente importantes, porque elas conseguem demonstrar que o problema da falta de efetividade de certas constituições pode não ser exatamente um problema. Como a toda(o) estudante se ensina, constituições têm um objetivo declarado, consubstanciado na proteção de direitos; o que, porém, quase nunca se explica é que, mesmo diante da cotidiana violação de direitos que ocorre em muitos países, constituições também podem acabar cumprindo funções que nem sempre são declaradas. Por mais simbólicas, fraudulentas ou nominalistas que elas sejam, é possível que, ao invés de inefetivas, elas sejam efetivas do ponto de vista de seus objetivos não claramente anunciados, servindo como um verdadeiro “álibi” para a conservação do *status quo* (Ibidem, p. 105)⁴⁵. O fracasso, enfim, que atesta o não cumprimento de suas funções declaradas pode, ao mesmo tempo, ser a causa de seu enorme sucesso, quanto à realização de seus objetivos ocultos.

A importância dessas colocações é que todas as constituições citadas como fraudulentas e etc. estão vivas; suas normas vigem e suas funções estão sendo sutilmente cumpridas. E por todas essas razões é que um critério formal e objetivo foi escolhido nesta pesquisa para definir até que ponto é possível dizer que uma constituição sobrevive ou não. Este critério é muito simples e diz que a morte de uma constituição ocorre quando ela é substituída por uma nova, ou é formalmente suspensa por um outro documento qualquer, provisório ou não (ELKINS *et al.*, 2009, p. 50). Constituições, assim, revogadas e, logo em seguida, substituídas por outras ou por um determinado ato normativo, que expressamente suspende a aplicação do texto constitucional até então em vigor, não mais sobrevivem⁴⁶.

poderes e da eleição democrática, e o recurso retórico a essas instituições como conquistas do Estado ou do governo e provas da existência da democracia no país” (NEVES, 2011, p. 98-99).

⁴⁵A propósito da constituição como álbi, especialmente em países do continente africano, onde os índices de constituições fraudulentas costumam ser maiores, Marcelo Neves afirma: “A compreensão da constitucionalização simbólica como álbi em favor dos agentes políticos dominantes e em detrimento da concretização constitucional encontra respaldo nas observações de Bryde a respeito, também, da experiência africana: as ‘Constituições simbólicas’, em oposição às ‘normativas’, fundamentam-se sobretudo nas ‘pretensões (correspondentes a necessidades internas ou externas) da elite dirigente pela representação simbólica de sua ordem estatal’. Delas não decorre nenhuma modificação real no processo de poder. No mínimo, há um adiantamento retórico da realização do modelo constitucional para um futuro remoto, como se esta fosse possível sem transformações radicais nas relações de poder e na estrutura social” (NEVES, 2011, p. 105).

⁴⁶Como Elkins *et al.* deixam claro, a promulgação de uma nova constituição, a aprovação de um documento interino que a substitui e o restabelecimento de uma outra que existia anteriormente marcam o começo de um novo sistema constitucional. Nesse último caso, em particular, com a reentrada em vigor de uma

Se mudanças constitucionais profundas ocorrerem e acabarem alterando diversos dispositivos originais da constituição, que, todavia, continua formalmente em vigor – apesar de todas as transformações provocadas em seu texto –, isso não tem tanta importância; a mera impressão de que há uma nova identidade da constituição⁴⁷ não induz automaticamente à conclusão de que houve uma morte constitucional anterior. Em certo sentido, a constituição se adaptou ao mundo a sua volta e continuou sobrevivendo.

Isso foi o que aconteceu, por exemplo, com as constituições do México de 1917 e da Coreia do Sul de 1948, que passaram por modificações tão profundas ao longo dos anos que quase parecem uma nova constituição (Ibidem, p. 59); em alguma medida, foi o que também aconteceu com a Constituição portuguesa de 1976, quando ela passou por várias reformas que inclusive atacaram algumas cláusulas pétreas que estavam expressamente previstas em seu texto (ROZNAI, 2017, p. 139). Esse debate será melhor explicado no próximo capítulo, quando chegar o momento de se analisar o que Richard Albert chama de desmembramento constitucional (2019).

Antes, porém, de se aprofundar nesta matéria e de se discutir os próximos temas, é interessante que um breve resumo a respeito de tudo o que foi falado até aqui seja feito.

1.4 Últimas palavras

Constituições são as leis mais importantes de um ordenamento jurídico, já que, além de estabelecerem decisões políticas fundamentais, relacionadas aos direitos individuais e à organização dos poderes do Estado, elas representam o fundamento de validade para todas as demais normas do sistema, condicionando não apenas seu processo de produção, como também seu próprio conteúdo.

Em regra, constituições são elaboradas em momentos especiais da história, marcados normalmente por grandes mobilizações populares, que acabam envolvendo a participação de vários grupos e pessoas no processo de discussão de seus princípios e regras; em outros contextos, porém, é possível que uma determinada constituição seja

constituição antiga, que por qualquer razão foi suspensa, dá-se uma volta nos ponteiros do relógio, iniciando-se um novo tempo de vida, desde o zero (ELKINS *et al.*, 2009, p. 50).

⁴⁷ Sobre a identidade que as constituições possuem e desenvolvem ao longo do tempo, cf. a monumental obra de Michael Rosenfeld (2005), brevemente discutida no próximo capítulo, no tópico referente ao desmembramento constitucional (item 2.3).

fruto de um trabalho feito apenas por uma pequena parcela da sociedade, sem o engajamento de tantos agentes que possam representar os mais diversos interesses existentes na comunidade.

De um jeito ou de outro, o que importa anotar é que constituições são barganhas estabelecidas por atores sociais relevantes, que procuram ajustar as condições de sua convivência e, principalmente, definir os arranjos institucionais necessários à proteção de seus próprios interesses. Como esses interesses são muitas vezes antagônicos, é natural que os agentes envolvidos com o processo de elaboração das normas constitucionais se utilizem das estratégias que são mais favoráveis a seus propósitos, impondo condições para a conclusão de certos negócios ou, de outro lado, abrindo mão de algumas vantagens para que um outro pacto seja estabelecido. É nesse tipo de ambiente onde incentivos se misturam com concessões, e ganhos são compensados com perdas, que constituições, enfim, são negociadas. E são negociadas, como foi visto, não apenas no momento em que são criadas; ao longo do tempo, as normas constitucionais continuam sendo barganhadas pelos mais diferentes *players* que se engajam no mundo político, sejam eles juízes das cortes supremas, que adotam distintas estratégias para decidirem determinados casos, sejam eles parlamentares, que negociam as condições de aprovação de uma emenda constitucional.

As escolhas e decisões que resultam desses pactos são tão importantes que elas passam a ocupar uma posição de superioridade na hierarquia das normas jurídicas; e por desfrutarem de tal posição, elas acabam contando com uma proteção especial, que impede a realização de determinadas mudanças em seu conteúdo. Até mesmo as gerações futuras estão, em princípio, vinculadas às escolhas feitas por seus antepassados.

Enquanto essas escolhas estiverem em vigor e não forem oficialmente substituídas por outras, pode-se dizer que elas ainda estão vivas e produzem seus efeitos, inclusive simbólicos. Somente quando um novo texto constitucional for novamente discutido e pactuado, é que será possível afirmar que a constituição que existia já não vige mais e, portanto, morreu. Essa morte, por assim dizer, é identificada por critérios puramente formais, com a substituição do texto constitucional, que até então estava em vigor, por um outro texto; ou, quando apesar de nenhum novo texto constitucional for aprovado, um ato normativo qualquer acabar suspendendo a constituição vigente, regulando a vida em sociedade e a existência política do Estado como se constituição fosse.

Esse último caso será melhor debatido no próximo capítulo, que é aberto com o exemplo da Constituição de Weimar, que vigia na Alemanha quando Hitler e os nazistas chegaram ao poder em 1933. Além desse caso, outras questões, que também estão logicamente conectadas ao tema desta pesquisa, serão examinadas na sequência, como as ideias de Richard Albert sobre o que ele chama de desmembramento constitucional e as de David Landau e Emílio Meyer sobre a onda de novas ameaças que são feitas contra as constituições de regimes democráticos em tempos mais recentes.

CAPÍTULO 2 – DE HITLER A BOLSONARO: CONSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS EM PERIGO

2.1 Considerações iniciais

O capítulo 1, como se viu, tentou demonstrar como as constituições da idade contemporânea são criadas e também indicou um critério formal, a partir do qual é possível dizer que uma determinada constituição morreu. A partir de agora, o objetivo é discutir um exemplo bem evidente de morte de uma constituição e, em seguida, diferentes situações que, apesar de não traduzirem o fim da “vida” de um determinado texto constitucional, comprometem sua integridade com mudanças profundas de seu conteúdo ou com ameaças provenientes do sistema político.

Primeiramente, então, será debatido o exemplo da Constituição de Weimar, que é um caso claro de morte constitucional na Alemanha, durante a década de 1930, quando o Partido Nacional-Socialista chegou ao poder (item 2.2). Na sequência, será examinado aquilo que Richard Albert chama de desmembramento constitucional, um fenômeno que reflete uma nítida transformação da ordem jurídica, sem, no entanto, representar uma ruptura definitiva da constituição em vigor (item 2.3). Logo depois, será discutido o conceito de constitucionalismo abusivo elaborado por David Landau, para descrever situações de ameaças às constituições em contextos de decadência democrática, tais como os que são vistos na Hungria de Viktor Orban e na Venezuela de Hugo Chavez (item 2.4). Por fim, será analisado o processo de erosão da democracia constitucional brasileira, que tem ocorrido nos últimos anos, conforme o trabalho desenvolvido pelo professor Emílio Meyer (item 2.5).

Dando continuidade a esse contexto de ameaças à sobrevivência de constituições democráticas, o capítulo 3 é que iniciará os debates sobre os fatores institucionais que podem servir como proteção de uma dada ordem constitucional, mesmo quando o ambiente político ao seu redor passe por profundas transformações.

2.2 A morte da Constituição de Weimar

Como se viu, uma determinada constituição sobrevive até o ponto em que, via de regra, ela é substituída por um novo texto constitucional; em princípio, esse é o sinal mais evidente para identificar que uma constituição morreu e uma nova ordem constitucional

se iniciou. O ano de 1988, nesse sentido, é emblemático no Brasil. Em outras ocasiões, porém, é possível que uma constituição morra, sem que ela tenha sido formalmente revogada por um novo documento de mesma hierarquia; nesses casos, ela pode ser apenas suspensa por um outro ato normativo qualquer, que, apesar de não possuir a mesma autoridade, faz as vezes de uma constituição.

Diante dessas colocações, a questão que se quer investigar neste momento é se a Constituição de Weimar, aprovada logo após a primeira guerra mundial em 1919, na Alemanha, ainda sobrevivia quando Adolf Hitler exercia suas funções de líder, entre 1933 e 1945. Referida questão é importante, porque, enquanto o governo alemão estava sob o império dos nazistas, a Constituição de Weimar não tinha sido formalmente revogada, nem oficialmente substituída por um novo texto constitucional.

Muito embora o nome “Weimar” faça referência à pacata cidade do interior da Alemanha, em que grandes escritores como Goethe e Schiller viveram, o período em que a chamada Constituição de Weimar é aprovada é profundamente turbulento; turbulento, de fato, mas também instigante; e talvez por isso, esse seja um dos momentos mais estudados da história do constitucionalismo.

Tudo começa, na verdade, com um fim; o fim da primeira guerra mundial, em 1918, que tem a Alemanha como o principal país derrotado. Uma das consequências que foram impostas à Alemanha, com o fim desse conflito, foi a assinatura do Tratado de Versalhes, que atribuiu ao país a culpa exclusiva pela guerra, o pagamento de pesadas indenizações pelos prejuízos provocados e determinou não só a perda de suas colônias espalhadas pelo globo, como também a de parte considerável de seu próprio território na fronteira com outros países (STOLLEIS, 2014, p. 86-87)⁴⁸.

Como se essas imposições decorrentes do cenário internacional já não bastassem, a Alemanha ainda passava internamente por uma enorme convulsão; o país estava violentamente dividido entre diferentes forças políticas, que disputavam o destino da nação. Nacionalistas, monarquistas, extremistas de esquerda e de direita enfrentavam-se para a obtenção de hegemonia⁴⁹. Com a explosão da Revolução de novembro de 1918,

⁴⁸ No ponto, Michael Stolleis destaca o artigo 231, do referido tratado, que estabeleceu, com todas as letras, a culpa da Alemanha pelos estragos produzidos durante a guerra (STOLLEIS, 2014, p. 86).

⁴⁹ Apenas para se ter uma ideia do quão explosivo era o cenário da época, vale a pena anotar que a República de Weimar foi proclamada, exatamente no mesmo dia, por diferentes líderes políticos alemães. Philipp

que atingiu seu auge com um movimento liderado por marinheiros no norte do país, na cidade de Kiel, a República é, então, proclamada (KIRCHHEIMER, 2017, p. 212)⁵⁰. A fim de que uma distância segura do ambiente turbulento de Berlim fosse mantida, em 11 de agosto de 1919, foi promulgada a nova Constituição alemã na cidade de Weimar.

A vida sob a Constituição de Weimar, todavia, nem sempre foi tranquila; logo em 1923, o país já estaria, mais uma vez, diante de crises bastante explosivas. Uma hiperinflação, primeiramente, atingiu o país em cheio, fazendo com que franceses e belgas ocupassem, em seguida, a região do Ruhr – uma região rica em carvão, na fronteira com a Bélgica e a Holanda –, como forma de garantirem o pagamento das indenizações que a Alemanha os devia, em decorrência da guerra (HEIN, 2015, p. 52); por fim, uma tentativa de golpe foi praticada na cidade de Munique, no sul do país, liderada por Erich Ludendorff e um agitador chamado Adolf Hitler, que, em razão desse episódio, foi levado à prisão por alguns meses (SONTHEIMER, 2015, p. 49).

Apesar de toda a comoção social provocada por esses eventos, as coisas começaram a se acalmar no país, durante a segunda metade dos anos 20; a República de Weimar sobreviveu e chegou, inclusive, a se reerguer; a economia alemã começou a dar sinais mais evidentes de crescimento, as condições de vida da população se elevaram sensivelmente e o povo recuperou seu poder de compra⁵¹. Os anos que se seguiram, entre

Scheidemann, ligado ao Partido Social-Democrata, anunciou o início do governo republicano de uma das janelas do Parlamento, no período da tarde do dia 9 de novembro de 1918; Karl Liebknecht, de sua parte, fundador do Partido Comunista, proclamou, na noite do mesmo dia, a República Livre e Socialista da Alemanha, do balcão de um castelo localizado na cidade de Berlim. Karl Liebknecht, especificamente, tornou-se bastante conhecido por ter sido um dos líderes da denominada Liga Espartaquista, ao lado da também revolucionária Rosa Luxemburgo; como se sabe, ambos foram assassinados no dia 15 de janeiro de 1919, no luxuoso Hotel Eden em Berlim, após serem sequestrados e torturados por integrantes de um movimento reacionário e paramilitar chamado *Freikorps*. O corpo de Rosa Luxemburgo foi encontrado apenas 4 meses após seu desaparecimento. Para uma análise mais detida de todos esses episódios, cf. o texto de Michael Sontheimer (2015, p. 35-49).

⁵⁰ Como Otto Kirchheimer afirma em seu clássico texto sobre a Constituição de Weimar, antes que a Revolução de Novembro de 1918 explodisse, a Alemanha, que havia passado por um processo de unificação em 1871, sob a liderança de Bismarck, era governada por uma aliança formada entre príncipes e burocratas (KIRCHHEIMER, 2014, p. 210).

⁵¹ A respeito dessa virada dos anos 20 na Alemanha, veja-se o seguinte trecho do artigo de Philipp Blom: “Economia e política estabilizaram-se de tal forma, que passou a existir esperança por tempos melhores, e cada vez mais pessoas acreditavam que elas estavam voltando à vida. O brutal confronto entre as grandes visões de mundo interessava muito pouco. Salários começaram a se estabilizar, o padrão de vida aumentou, e os anos dourados da década de 20 logo trouxeram a canção dos Harmonistas Comediantes, que diziam: ‘Verônica, a primavera chegou’” (BLOM, 2015, p. 72)

1925 e 1929, são conhecidos como os anos dourados da Alemanha; tanto na literatura, quanto na música, no cinema e na filosofia, o país deixou sua marca por bons motivos na história da humanidade. Esse é o tempo, afinal, de Franz Kafka e Thomas Mann; de Arnold Schönberg, Fritz Lang e Walter Benjamin⁵².

O fato da economia alemã estar atrelada ao mercado internacional, todavia, fez com que as coisas mudassem totalmente após a crise da bolsa de Nova York de 1929; o país foi mais uma vez atingido, e o ambiente político entrou em ebulição. Em 1932, o governo federal interveio no antigo estado da Prússia, dando um golpe no governo local, que foi destituído; nas eleições daquele mesmo ano, os nazistas já formavam o partido com o maior número de cadeiras no Parlamento alemão, e Paul von Hindenburg, um antigo comandante das Forças Armadas da Alemanha durante a primeira guerra mundial, foi reeleito pela população para um segundo mandato como Presidente – cargo que ele já ocupava desde sua primeira eleição em 1925 (STOLLEIS, 2014, p. 88).

Sobretudo a partir de 1930, seu governo foi marcado por muita agitação; a exemplo do que já havia feito seu antecessor, o ex-Presidente Friedrich Ebert (1919-1925), Hindenburg acionou várias vezes o artigo 48 da Constituição de Weimar, para decretar estado de emergência no país⁵³. Para se ter uma ideia do quão turbulento foi seu governo, entre 1930 e 33, três diferentes líderes foram nomeados por ele, para o cargo de chanceler: Heinrich Brüning, Franz von Papen e Kurt von Schleicher; o quarto, que viria a ser nomeado em 30 de janeiro de 1933, era ninguém menos que Adolf Hitler⁵⁴. A

⁵² Michael Löwy afirma em seu livro sobre Walter Benjamin que o filósofo marxista alemão quase se tornou professor de literatura da USP, no fim da década de 1930, quando, em meio à perseguição pelos nazistas na Alemanha, recebeu um convite para integrar o corpo docente daquela universidade; como o Brasil estava em plena ditadura Vargas na mesma época, a vinda do pensador alemão não foi possível. Benjamin, então, fugiu da Alemanha pela França, até que em 26 de setembro de 1940, na fronteira deste país com a Espanha, ele acabou se matando, após fazer uso de uma grande dose de morfina. Como Michael Löwy conclui, “por culpa de alguma instância incompetente, a USP perdeu a oportunidade de incluir Benjamin no seu corpo docente”, e o Brasil, de algum modo, acabou ajudando na morte do filósofo (LÖWY, 2014, p. 9).

⁵³ O famoso artigo 48, da Constituição de Weimar, autorizava ao Presidente decretar estado de emergência, sempre que um estado da federação não cumprisse suas obrigações decorrentes das leis federais ou da própria Constituição e, sobretudo, quando, diante de risco à segurança e à ordem pública, fossem necessárias medidas de emergência, que autorizassem a restrição de uma série de direitos e liberdades individuais, como a inviolabilidade de domicílio, o sigilo de correspondências, o direito de associação etc. Para o cumprimento, ademais, das providências determinadas, o Presidente ainda podia se socorrer do apoio das Forças Armadas.

⁵⁴ Apesar da instituição do Parlamentarismo na Alemanha em 1919, a Constituição de Weimar ainda contava com algumas heranças monarquistas em seu texto, que se manifestavam no imenso rol de poderes conferidos aos Presidentes. Embora eles fossem eleitos diretamente pela população, para o desempenho de

chegada de Hitler ao poder representa o fim da República de Weimar e o início de uma nova fase na história da Alemanha.

Há uma frase proferida por Joseph Goebbels, Ministro da Propaganda durante o império nazista, que talvez possa servir como uma boa ilustração desse curto e agitado período da República de Weimar: “será sempre uma das melhores piadas da democracia o fato de que ela própria oferece aos seus inimigos mortais os meios pelos quais é destruída” (GOEBBELS, 1935, p. 61). De fato, a República de Weimar é conhecida pelos alemães como o primeiro período democrático de sua história; além disso, a própria Constituição de Weimar também é mundialmente famosa por várias disposições bastante inovadoras que ela fazia: seu artigo 1º, por exemplo, enunciava de forma clara que os poderes do Estado vinham do povo; e os artigos 109 e 128, por sua vez, eliminavam qualquer distinção entre homens e mulheres, as quais, aliás, pela primeira vez, entravam na cena política de seu país, não apenas com o direito de voto, mas também o de serem votadas.

Ao lado dessas e de muitas outras inovações, porém, o texto da Constituição de Weimar também é historicamente conhecido pelos poderes que conferia aos Presidentes; o artigo 48, que invocava o estado de emergência e acabou de ser mencionado, chegou a ser utilizado por Friedrich Ebert e Paul von Hindenburg quase 50 vezes durante esse curto período republicano (KELLERHOFF, 2019). Não à toa, o historiador do direito alemão Michael Stolleis fala de “ditaduras presidenciais” na Alemanha nessa época (STOLLEIS, 2014, p. 96).

A bem da verdade, conforme o mesmo historiador continua, o pensamento antidemocrático tornou-se rapidamente influente entre os jovens intelectuais do país, que “sonhavam com um império e uma liderança”, que satisfizessem seus anseios políticos (Ibidem, p. 104). Esse é o momento, ademais, que o famoso Kelsen é expulso pelos nazistas da Universidade de Colônia e, em seguida, foge para Genebra, na Suíça, de onde

funções próprias de chefia de Estado, quem realmente atuava como chefe de governo eram os Chanceleres, que, por sua vez, eram nomeados pelo Presidente, à luz do que dispunha o artigo 53, da Constituição de Weimar. Por essa razão, é preciso tomar cuidado com expressões como “Hitler chegou ao poder pelo voto popular”; apesar do apoio que de fato ele tinha de boa parte do povo – o que era nítido na grande composição do Parlamento pelo Partido Nazista –, Hitler, na verdade, foi nomeado ao cargo de Chanceler por Hindenburg, após muita pressão; o então Presidente já havia nomeado outras três figuras antes do líder nazista e ainda havia vencido as eleições de 1932, nas quais o próprio Hitler, que também era candidato, ficou em segundo lugar.

parte para os EUA, país em que viveu até sua morte em 1973, trabalhando como professor na Universidade de Berkeley (Ibidem, p. 99).

Já com Hitler no cargo de Chanceler, em 1933, ao menos dois atos normativos têm especial importância para o debate a respeito da sobrevivência da Constituição: primeiramente, pode-se falar do assim chamado “Decreto de Incêndio” do Parlamento alemão⁵⁵, emitido em 28 de fevereiro daquele ano, logo após o prédio, onde os membros do Legislativo desempenhavam suas funções, ter sido incendiado. O contexto que estava por trás desse evento era que Hitler e os nazistas atribuíam a um jovem holandês, chamado Marinus van der Lubbe, com supostas ligações com os comunistas, a responsabilidade pelo incêndio, como se tudo aquilo houvesse sido um atentado. A consequência, que o referido decreto provocava, era mais uma vez a decretação do estado de emergência no país, com base no artigo 48 da própria Constituição de Weimar, restringindo-se uma série de direitos e liberdades individuais, para, em seguida, o governo poder adotar diversas medidas autoritárias, todas elas juridicamente autorizadas.

O outro ato normativo que foi editado logo depois chamava-se Lei de Concessão de Plenos Poderes⁵⁶, aprovada em 23 de março de 1933 inclusive pela maioria qualificada de dois terços dos membros do Parlamento alemão, após uma série de negociações feitas entre Hitler e o centro católico. As principais consequências desse ato talvez tenham sido o fim do federalismo e a possibilidade de o Chanceler do Império concentrar em suas mãos tanto as funções executivas quanto legislativas, o que praticamente também simbolizava o fim do parlamentarismo na Alemanha. Para agravar esse cenário, o Presidente Paul von Hindenburg, aos 86 anos de idade, morre em 2 de agosto de 1934, permitindo que Adolf Hitler finalmente se transforme no maior líder político da nação (STOLLEIS, 2014, p. 117).

Se Joseph Goebbels, com sua frase jocosa, tinha razão ao dizer que a democracia fornece aos seus inimigos as armas de sua própria destruição, isso talvez se deva ao fato

⁵⁵ Há quem traduza esse ato por “Decreto de Incêndio do *Reichstag*”, para deixar claro que o incêndio teria atingido apenas uma das casas legislativas que desempenhava funções semelhantes às da Câmara dos Deputados no Brasil, excluindo-se a outra casa, chamada *Reichsrat*, que, por tratar da representação dos Estados no âmbito da federação, seria mais parecida com o Senado Federal. Apesar de certamente mais precisa, a manutenção da palavra *Reichstag* em uma frase em português pareceu uma mera preciosidade, optando-se então pela palavra “Parlamento”, para evitar dúvidas irrelevantes.

⁵⁶ Há outras traduções que dizem “Lei de Habilitação” ou “Lei Habilitante”.

de que a Constituição de Weimar estabeleceu, por meio de alguns de seus artigos, as possibilidades de que ela mesma fosse definitivamente enterrada. É muito conhecida entre os alemães a lição de que o referido texto constitucional tinha ao menos três artigos mortais: o 25, que autorizava ao Presidente dissolver o Parlamento; o 48, que permitia a decretação do estado de emergência, com a consequente restrição de direitos individuais, como a inviolabilidade de domicílio, a liberdade de expressão e o direito de reunião; e o 53, que dizia que o Presidente, entre as várias atribuições que detinha, podia nomear o Chanceler alemão. Todos esses três artigos somados, de fato, dão o roteiro completo desses anos que marcaram a República de Weimar: estados de emergência, fim do parlamentarismo e ascensão de Hitler ao poder.

Além dessas específicas disposições, há quem diga, como Carl Schmitt⁵⁷ e Otto Kirchheimer⁵⁸, que um outro grave defeito da Constituição de Weimar foi o fato dela não tomar nenhuma decisão a respeito dos compromissos que ela mesma estabelecia. Como foi falado neste tópico, o ambiente político da República de Weimar era profundamente dividido entre as várias forças que brigavam de forma violenta pela realização de suas convicções. Para que as demandas feitas pelos mais diferentes grupos fossem abraçadas pelo texto constitucional, muitas das normas da Constituição de Weimar acabavam fazendo disposições totalmente contraditórias. A solução, então, encontrada pelos constituintes foi a de empurrar para o futuro as decisões necessárias à implementação dos programas contidos nas normas constitucionais, deixando nas mãos do Parlamento essa responsabilidade.

⁵⁷ Logo após discutir algumas incoerências notadas na separação entre Estado e Igreja e na questão do direito à educação pública e laica, Schmitt aponta para os perigos que futuramente poderiam ocorrer em razão da falta de uma decisão que os constituintes deveriam ter tomado, mas não o fizeram: “Esses dois exemplos de compromissos formais dilatatórios são, portanto, de grande significado jurídico, porque eles demonstram como algumas disposições constitucionais não possuem, em absoluto, nenhuma decisão. Como mencionado, pode até ser inteligente e razoável adiar uma decisão dessa maneira. No entanto, é preciso que se tenha em mente o traço característico desses compromissos formais dilatatórios, sob pena de a interpretação de tais disposições constitucionais caírem em um tipo de confusão sem solução” (SCHMITT, 2017, p. 34).

⁵⁸ Kirchheimer, por sua vez, que foi orientando do próprio Schmitt em seu doutorado, chega inclusive a duvidar da precisão da palavra “compromisso”, cujo significado pressupõe a afirmação de uma escolha, ou a realização de uma concessão. Como, porém, ele mesmo afirma, “uma tal concessão não foi o que sucedeu, nas disposições sobre direitos fundamentais da Constituição de Weimar. (...) Em seus pontos decisivos, eles não são nenhum compromisso. (...) Assim, o plano de um programa cultural e social de união, corporificado nos direitos fundamentais, significativo e aglutinador de todo o povo, que, além da mera formulação, em si mesmo encerra a possibilidade de concretização definitiva, fracassou” (KIRCHHEIMER, 2017, p. 230).

Se, porém, alguma decisão realmente existiu, ela não foi tomada apenas pelo Parlamento, e, como o próprio Otto Kirchheimer chegou a afirmar, ela foi a de transformar a Constituição de Weimar numa “vassala dos poderosos” da época (KIRCHHEIMER, 2017, p. 250). De fato, o texto constitucional de Weimar serviu aos nazistas como fundamento jurídico para a edição de determinados atos normativos – como o Decreto de Incêndio e a Lei de Concessão de Amplos Poderes –, que, uma vez em vigor, esvaziaram a Constituição de toda e qualquer finalidade que ela ainda poderia ter, inclusive a simbólica. Não havia o que esconder ali; o fim do parlamentarismo, com a concentração de poderes nas mãos de Hitler, a eliminação do federalismo e a restrição de direitos e liberdades individuais foram medidas tomadas em plena luz do dia, sem nenhuma dissimulação. Com elas, Hitler exerceu seu império e perseguiu inimigos, abrindo caminho para o holocausto, sem que o texto constitucional de Weimar precisasse desempenhar qualquer função ideológica. Como Michael Stolleis, por fim, afirma, a Constituição não passava de uma “carcaça vazia”, de tal modo que a teoria do Estado na Alemanha estava diante de um “nada ornado bombasticamente” (STOLLEIS, 2014, p. 116).

A conclusão, portanto, é que, com a chegada de Hitler ao poder e a edição daqueles dois últimos atos normativos citados, com base nos quais o país era regido, a Constituição de Weimar morreu, ainda que ela não tenha sido formalmente revogada, nem substituída por um novo texto constitucional. Inclusive, essa também é a posição do próprio Carl Schmitt, que, em uma obra muito pouco divulgada, afirma abertamente que ela “já não estava mais em vigor” e que “todos os fundamentos e regras, essenciais a sua concepção e organização, juntamente com seus pressupostos, haviam sido deixados de lado” (SCHMITT, 1933, p. 5). Essa, sem dúvida, é uma situação extrema, mas que bem ilustra a morte de uma constituição, sem a necessidade de sua revogação oficial.

Situação diferente é a que o professor Richard Albert chama de desmembramento constitucional; nela, as constituições não morrem, não são substituídas por uma nova, nem são suspensas por nenhum outro ato normativo qualquer. Em contrapartida, elas acabam se sujeitando a aprovação de certas emendas que podem gerar mudanças que vão muito além da mera alteração formal de seu texto; essas emendas podem provocar transformações mais profundas, que atingem a identidade, os valores e a arquitetura da constituição em vigor. Uma situação, enfim, que, por desdobramento lógico, será brevemente discutida no próximo tópico.

2.3 Desmembramentos Constitucionais

Se, em regra, constituições podem ser mortas quando são formalmente revogadas e substituídas por um novo texto constitucional, excepcionalmente, pode acontecer que elas venham a ser mortas quando sua aplicação é suspensa por documentos que, apesar de não possuírem a mesma hierarquia, acabam regulando a vida em sociedade, como se constituições fossem. O exemplo da Constituição de Weimar, discutido acima, parece revelar bem essa última situação.

Em outras ocasiões, porém, é possível que uma determinada constituição sobreviva por longos anos, mas que também seja tão profundamente modificada por meio de emendas a seu texto, que chega a ser razoável perguntar se ela continua existindo. No mínimo, a identidade original que ela tinha, quando entrou em vigor, e os valores que inspiraram sua elaboração podem já não ser mais iguais. Quem recentemente desenvolveu boas ideias sobre esse assunto foi o professor Richard Albert (2019).

Muito provavelmente, seu trabalho é um dos mais inovadores em matéria de emendas constitucionais na atualidade⁵⁹. Suas abordagens fogem de perspectivas puramente normativas, que costumam dominar a maior parte das pesquisas sobre mudanças constitucionais⁶⁰, e, além disso, ultrapassam o limite de noções que, apesar de antigas, ainda têm um enorme peso nas discussões sobre esse mesmo assunto.

Ao menos no Brasil, é muito comum que a maioria dos livros de direito constitucional preste reverência nos capítulos sobre poder constituinte ao pensamento quase teológico do Abade Sieyès, que é do fim do século XVIII⁶¹. Em um ambiente assim,

⁵⁹ Um outro monumental estudo sobre emendas constitucionais foi desenvolvido por Yaniv Roznai (2017).

⁶⁰ Destacando como a maior parte dos estudos constitucionais ainda continua sob a influência de opiniões normativas, limitadas a questões do tipo se a aprovação de uma determinada emenda é política ou moralmente legítima, se ela respeita ou não o chamado núcleo essencial de cláusulas pétreas, o devido processo legal etc., cf. o excelente artigo de Juliano Zaiden Benvindo (2020, p. 733-753), no qual, inclusive, chega a dizer que Richard Albert é o “exemplo de acadêmico que consegue trabalhar com um diálogo entre a dimensão normativa de mudanças constitucionais formais e o puro comportamento estratégico de agentes e instituições” (Ibidem, p. 736).

⁶¹ Como se sabe, o Abade Emmanuel Joseph Sieyès foi indicado para representar o chamado Terceiro Estado na Assembleia dos Estados Gerais, na França de Luis XVI em 1789, ocasião em que elaborou, durante o processo revolucionário, sua famosa obra sobre “O que é o Terceiro Estado”. Foi na referida obra que ele desenvolveu a consagrada distinção entre poder constituinte, que representaria a vontade da nação e estaria limitado apenas pelo denominado direito natural, e o poder constituído, que, em contrapartida,

marcado pelo misticismo, as ideias do pesquisador canadense podem representar um avanço nos debates sobre mudanças constitucionais, desfazendo um pouco a aura de esoterismo que costuma reinar por aqui.

Segundo Richard Albert, haveria um jeito melhor de se compreender a variada gama de modificações constitucionais que ocorrem ao redor do mundo, sem se limitar àquela tradicional divisão binária entre poder constituinte, que seria responsável por criar uma nova constituição, e poder constituído, que teria autorização para modificar apenas uma parte de determinado texto constitucional. Em suas próprias palavras, essas duas únicas categorias não seriam o bastante para capturar a profundidade das transformações que algumas emendas já provocaram nas constituições de certos países.

Um exemplo bem expressivo talvez seja o de Portugal. A Constituição portuguesa, de 1976, foi um resultado da Revolução dos Cravos, que pôs fim ao governo ditatorial de Salazar/Marcelo Caetano, com intensa participação de comunistas e socialistas, inclusive na elaboração do texto constitucional. Em sua redação originária, esse mesmo texto previa como cláusula pétrea a transição para o socialismo, a criação de uma sociedade sem classes e a apropriação coletiva dos meios de produção. Porém, como o fim da guerra fria parecia iminente, tornando-se cada vez mais provável a consolidação do modo de produção capitalista em território europeu, tais dispositivos da Constituição portuguesa foram simplesmente revogados ao longo da década de 1980, em decorrência de uma série de procedimentos chamados de “revisão constitucional” (ROZNAI, 2017, p. 139)⁶².

Essas modificações, que ocorreram na Constituição portuguesa de 1976, só com muita dificuldade conseguiriam se enquadrar na definição mais tradicional de emenda constitucional; para Richard Albert, mudanças como essas seriam muito mais do que uma

seria juridicamente contido pelos termos estabelecidos pelo próprio poder constituinte (ALBERT, 2019, p. 72).

⁶² Em sua obra, o próprio Richard Albert enumera uma série de diferentes exemplos de desmembramentos constitucionais ao redor do mundo, como, por exemplo, no Japão, onde o Partido Liberal Democrata já chegou a propor a revisão e a abolição do artigo 9º, da Constituição japonesa, que estabelece a denominada cláusula de paz, com a qual o Japão, desde o fim da segunda guerra mundial, estaria comprometido, sem poder revogá-la por qualquer tipo de emenda constitucional. Embora a proposta não tenha sido aprovada, a mera tentativa configuraria, para Albert, um sinal de um possível desmembramento da Constituição do Japão, que poderia ter sua identidade e seus valores radicalmente transformados (ALBERT, 2019, p. 67).

simples emenda⁶³; elas provocariam um desmembramento do texto constitucional, atingindo sua estrutura institucional, seus valores e sua identidade⁶⁴.

Veja-se que a definição de desmembramento constitucional é independente de qualquer juízo moral sobre o conteúdo das mudanças provocadas; é possível que essas mudanças sejam feitas, por assim dizer, em nome do bem, aperfeiçoando princípios democráticos, ou, ao contrário, em nome do mal, deteriorando os valores existentes (ALBERT, 2019, p. 84). Nos EUA, Richard Albert diz que a 13ª Emenda, de 1865, é um tipo de desmembramento que, ao abolir a escravidão, acabou desfazendo toda uma estrutura injusta sobre a qual se erguia até então a ordem constitucional norte-americana, aperfeiçoando os valores que ao menos em tese inspiravam a história daquela nação (Ibidem, p. 82-84); em contrapartida, a Constituição da Turquia tomou um caminho inverso, ao fazer a transição do sistema parlamentarista para um sistema hiperpresidencialista, no ano de 2017, reescrevendo e revogando nada menos que 76 artigos do texto anterior, para conferir ao Presidente Recep Tayyip Erdoğan poderes praticamente ilimitados (Ibidem, p. 7)⁶⁵.

⁶³ Segundo Richard Albert uma emenda provocaria mudanças compatíveis com o texto constitucional, tal como ele estava anteriormente, mantendo-se sua coerência e consistência; ademais, sem que modificações mais profundas ocorressem, uma emenda teria uma das quatro funções seguintes: função de correção, de elaboração/esclarecimento de conceitos, de reforma e de restauração (ALBERT, 2019, p. 79-82).

⁶⁴ De acordo com Richard Albert: “Elas são mudanças transformativas com consequências bem maiores que as emendas. Elas violam a constituição existente, seja pela reconstrução da identidade constitucional, pela revogação ou pela remodelação de um direito fundamental, ou destruindo e reedificando um pilar estrutural e central da constituição. Um desmembramento constitucional pode tanto fortalecer, quanto enfraquecer a democracia, dependendo do que, na constituição em vigor, foi desmembrado” (ALBERT, 2019, p. 78).

⁶⁵ Quem também destaca o enfraquecimento de valores democráticos na Turquia são os professores Tom Ginsburg e Aziz Huq; muito embora o Partido da Justiça e Desenvolvimento (AKP) tenha executado uma agenda mais liberal no início dos anos 2000, a fim de facilitar a entrada do país na União Europeia, práticas mais autoritárias começaram a ser empreendidas a partir de 2010, quando então o AKP passou a censurar parte das atividades da imprensa e a perseguir a oposição, restringindo seus direitos de liberdade de expressão e reunião. Críticos do governo viraram alvos de prisão e intimidação. Desde 2014, o Estado de Direito passou a ficar sob pressão cada vez mais intensa, em razão de abusos e manipulações eleitorais. Após uma suposta tentativa de golpe em 2016, o governo de Erdoğan atingiu o auge da repressão, removendo servidores do Estado considerados suspeitos, invadindo casas e fazendo circular por todo o país listas de supostos traidores do governo. Como Ginsburg e Huq completam: “Essa erosão da democracia turca é especialmente importante porque, até poucos anos atrás, o país havia oferecido um poderoso contraponto aos regimes mais autoritários e repressivos, que, por longo tempo, caracterizavam a maior parte do Oriente Médio. Naquela região, regimes autocráticos destruíram a democracia e conservaram o modelo de ‘presidentes vitalícios’” (GINSBURG; HUQ, 2018, p. 28).

Um dado interessante do raciocínio de Albert é o que se refere à questão da identidade da constituição, que, ao lado dos valores e da estrutura institucional, pode ser profundamente modificada em casos de desmembramento. Nunca é demais lembrar, neste ponto, que o grande jurista português Canotilho (1992) afirmava que uma das finalidades das cláusulas pétreas era justamente proteger a identidade do texto constitucional, que não poderia ser afetada por nenhuma modificação provocada pela aprovação de emendas⁶⁶.

Como, porém, já dizia Michael Rosenfeld (2003), a identidade constitucional é algo extremamente complexo, aberto, que nunca se completa. Ela é a síntese de todo um processo marcado pela negação de certos valores existentes na ordem anterior, que se quer desconstruir, e, ao mesmo tempo, pela afirmação de alguns daqueles mesmos valores, que, queira ou não, inevitavelmente acabam fazendo parte da nova ordem, cuja edificação não vem do nada. A identidade de uma constituição, enfim, é um processo de desconstrução, construção e reconstrução, que se faz ao longo da história, sem que seja possível chegar a um resultado último, que não pode jamais ser modificado⁶⁷.

Sob essa perspectiva, faz todo sentido que, por meio da aprovação de determinadas emendas, a identidade de uma constituição seja radicalmente modificada, porque é assim que ela é construída no curso dos anos, sem que haja a necessidade de, por isso, se adotar uma nova constituição, como pensava Canotilho. Para que emendas com esse conteúdo possam, então, ser aprovadas, Richard Albert aponta uma alternativa.

Em sua opinião, “nenhuma mudança constitucional deveria estar fora do alcance dos legisladores e da população” (ALBERT, 2019, p. 190). Isso significa que, para ele, não deveria existir cláusulas pétreas, que proíbem as gerações presentes de mudarem as decisões tomadas por seus antepassados. Melhor seria se diferentes tipos de

⁶⁶ Como o próprio Canotilho afirmava: “Assegurar a continuidade da Constituição num processo histórico em permanente fluxo implica, necessariamente, a proibição não só de revisão total, mas também de alterações constitucionais aniquiladoras da identidade de uma ordem constitucional histórico-concreta” (CANOTILHO, 1992, p. 1135-1136).

⁶⁷ Nas palavras do próprio Michael Rosenfeld, traduzido por Menelick de Carvalho de Netto: “(...) A identidade constitucional surge como algo complexo, fragmentado, parcial e incompleto. Sobretudo no contexto de uma constituição viva, de uma *living constitution*, a identidade constitucional é o produto de um processo dinâmico sempre aberto à maior elaboração e revisão. Do mesmo modo, a matéria constitucional (*the constitutional subject*) – de qualquer modo que seja definida – parece condenada a permanecer incompleta e sempre suscetível de maior definição, de maior precisão” (ROSENFELD, 2003, p. 23).

procedimentos para a aprovação de emendas fossem estabelecidos pelas constituições; em outras palavras, a proposta do professor canadense é que, para cada matéria prevista em um texto constitucional, sejam definidos diferentes procedimentos com regras próprias, que determinem os atores com legitimidade para iniciá-los, o quórum de aprovação, as circunstâncias temporais em que tais emendas podem ser discutidas e negociadas, a participação direta do povo por meio de referendo ou plebiscito etc.

Isso é o que acontece, por exemplo, em países como Canadá, Suíça e Costa Rica. Só no Canadá, há 5 procedimentos diversos de aprovação de emendas, definidos conforme a importância das matérias que se quer modificar e o grau de dificuldade que é estabelecido em cada um deles (Ibidem, p. 105-110). Suíça e Costa Rica, por sua vez, estabelecem diferentes procedimentos conforme a amplitude das mudanças a serem implementadas: elas podem ser simplesmente parciais, ou totais, quando então as regras para a aprovação de emendas são muito mais rígidas, exigindo, por exemplo, a participação do próprio povo ou a formação de uma nova assembleia constituinte (Ibidem, p. 191-192).

Num primeiro momento, essas ideias de Richard Albert podem parecer totalmente despropositadas no cenário brasileiro, que, além de continuar seduzido por afirmações esotéricas sobre poder constituinte, possui um rol de cláusulas pétreas que não podem ser modificadas e estabelece um procedimento único para a aprovação de emendas, independentemente do conteúdo que elas possam ter. O curioso, porém, é que o Brasil não deixa de ser abordado na obra de Albert, que, na verdade, chega a apontá-lo como um exemplo em que a Constituição de 88 foi desmembrada, após a aprovação de uma emenda de 2016⁶⁸ (Ibidem, p. 63).

Para que essa situação seja bem explicada, é preciso que ela seja inserida dentro de um contexto mais amplo, que tem sido muito discutido nos estudos constitucionais comparados. Fala-se, a partir daqui, de uma série de pesquisas que tem procurado compreender como as democracias, ao redor do mundo, estão sendo ameaçadas na atualidade. Países como Hungria e Venezuela são constantemente citados nesses debates; quem, recentemente, passou a integrar esse rol de países sob ameaça foi o Brasil, conforme será melhor analisado nos próximos tópicos.

⁶⁸ O caso será melhor discutido, no item 2.5, examinado logo abaixo.

2.4 Constitucionalismo abusivo na Hungria e Venezuela

Quando Richard Albert desenvolve seu conceito de desmembramento constitucional, ele deixa bem claro que o conteúdo das mudanças feitas em uma constituição pode tanto aperfeiçoar valores democráticos, quanto enfraquecê-los. Nos EUA, como se viu, a 13ª emenda, que acabou com o regime escravocrata, traduz um bom exemplo da primeira situação; porém, nada impede que, em outros casos, regimes democráticos sejam destruídos, ou pelo menos ameaçados, por meio de emendas à constituição em vigor, ou pela adoção de um novo texto constitucional.

Como Tom Ginsburg e Aziz Huq afirmam, em obra que já se tornou clássica (2018), democracias constitucionais liberais⁶⁹ correm dois diferentes tipos de risco: de um lado, elas podem ser ameaçadas por aquilo que eles chamam de “colapso autoritário”, que consiste em uma abrupta mudança institucional provocada, por exemplo, por um golpe de Estado, tal como recentemente ocorreu no Peru em abril de 1992⁷⁰, ou pela decretação de estados de emergência, a exemplo do que houve durante a República de Weimar. De outro lado, é possível que democracias entrem em decadência, sem necessariamente passarem por um colapso; em tal caso, elas são afetadas por

⁶⁹ Ginsburg e Huq adotam um conceito muito mais restrito do que o adotado nesta pesquisa de democracia: “Nossa definição pretende ser tão minimalista quanto possível, sem simplesmente dizer que democracia se faz apenas com eleições. Ela possui três elementos separados, mas funcionalmente interligados. Apenas quando eles estiverem todos presentes é que um país assegurará o rótulo de democracia constitucional liberal. Eles são, primeiramente, um sistema eleitoral democrático – mais especificamente, eleições periódicas, livres e justas, nas quais adultos podem votar –, em virtude do qual o lado perdedor cede para o lado vencedor. O segundo ponto de nossa definição compreende particularmente direitos liberais de opinião e de associação, que são intimamente conectados com a democracia na prática. Finalmente, nossa definição procura um nível de integridade do direito e das instituições jurídicas – isto é, o Estado de Direito – que seja suficiente para permitir engajamentos pela democracia, sem medo de coerções. Nós usamos o termo democracia constitucional liberal porque cada uma dessas palavras corresponde a um dos três elementos necessários à edificação de um sistema de autogoverno” (GINSBURG; HUQ, 2018, p. 10). Para relembrar a definição de democracia adotada neste trabalho, cf. a nota de n. 12, na introdução.

⁷⁰ O episódio refere-se ao golpe dado por Alberto Fujimori, conforme Ginsburg e Huq relatam, ao incluírem-no entre os exemplos de países que passaram por colapsos autoritários mediante a realização de golpes militares: “Finalmente, o Peru em abril de 1992, sofreu um colapso autocrático quando o presidente populista Alberto Fujimori executou um golpe presidencial (*autogolpe*) em que ele fechou o Congresso, suspendeu a Constituição e demitiu a maior parte dos membros do Judiciário” (GINSBURG; HUQ, 2018, p. 41).

transformações mais lentas, nem sempre perceptíveis, mas que acabam minando os valores sobre os quais elas são edificadas⁷¹.

Quem também desenvolveu um estudo que acabou se tornando bastante conhecido, inclusive no Brasil, foi o professor da Universidade da Flórida David Landau. Em um texto intitulado “Constitucionalismo Abusivo” (2013), o pesquisador norte-americano faz uma série de considerações a respeito de como as democracias ao redor do mundo, após o fim da guerra fria, passaram a ser ameaçadas. Conforme ele explica, era comum que antigamente o regime democrático de certos países fosse derrubado de forma mais explícita, com a ocorrência de golpes militares que, com toda a clareza, desafiavam a ordem constitucional instituída, para, logo depois, implantarem uma ditadura. Isso foi o que aconteceu, por exemplo, no Chile em 1973, com o golpe dado pelo General Augusto Pinochet contra o governo progressista de Salvador Allende, ocasião em que as forças do exército chileno chegaram ao ponto de jogar bombas no palácio presidencial (LANDAU, p. 196-197)⁷².

Na atualidade, porém, democracias não são mais destruídas apenas por golpes militares⁷³; tanques nem sempre desfilam pelas ruas, nem prédios públicos são bombardeados por aviões. Hoje em dia, regimes democráticos também morrem por dentro, de forma muito mais sutil, por meios estabelecidos pelas próprias leis, sem que haja, por exemplo, a necessidade de uma ofensiva armada para a tomada do poder.

⁷¹ Como, mais uma vez, Ginsburg e Huq explicam: “Nós definimos tal erosão como um processo de decadência incremental, mas decisivamente substancial, dos três predicados básicos da democracia – eleições competitivas, direitos liberais de opinião e de associação e Estado de Direito” (GINSBURG; HUQ, 2018, p. 43).

⁷² Conforme o próprio David Landau explica: “Desde que golpes militares e outras rupturas flagrantes caíram em desuso, atores passaram a retrabalhar a ordem constitucional com mudanças sutis, a fim de se tornarem mais difíceis de serem desalojados e de inabilitarem ou empacotarem tribunais e outras instituições fiscalizadoras. O resultado é que esses regimes continuam a ter eleições, sem serem totalmente autoritários, tornando-se, porém, significativamente menos democráticos do que eram anteriormente” (LANDAU, 2013, p. 189).

⁷³ Dois países cujas democracias entraram em colapso recentemente, após um golpe militar dado em plena luz do dia, foram a Tailândia e o Egito; como Tom Ginsburg e Aziz Huq relatam em sua obra, tanques e tropas militares circularam pelas ruas da capital tailandesa Bangkok, em maio de 2014, logo após o general Prayuth Chan-ocha determinar estado de emergência no país e remover as lideranças que estavam no governo, ao passo em que, no Egito, um ano depois, o presidente eleito Mohamed Morsi também foi removido e substituído por um general chamado Abdel Fattah el-Sisi. Conforme os mesmos autores ainda continuam: “Golpes semelhantes ocorreram recentemente em Bangladesh (2007), Mauritânia (2008), Guiné (2008), Guiné-Bissau (2012) e (de forma um tanto anômala) Zimbábue (2017)” (GINSBURG; HUQ, 2018, p. 52).

A conclusão, conforme David Landau afirma, é que autocratas jogam de acordo com as regras do jogo; vão minando a ordem democrática aos poucos, sem que num primeiro momento seja possível perceber seus movimentos, até que, quando as coisas já estão bem avançadas, não é mais possível voltar atrás; os estragos podem ser irreversíveis (Ibidem, p. 193). E muito embora não seja implantada uma ditadura tão explícita, também não é possível dizer que, naquele quadro, haja um regime democrático funcionando normalmente. O que passa a existir são regimes híbridos, ou uma espécie de autoritarismo discreto⁷⁴, que inclusive dificulta sua identificação no cenário internacional como um governo que já não é mais democrático. Eleições podem até ocorrer, mas na prática as chances de uma oposição vencer são muito baixas, pois as instituições que fiscalizam o governo, como a mídia e o poder judiciário, têm sua atuação restringida ou são capturadas por aliados dos detentores do poder.

Essas são as razões que justificam a escolha tanto da Hungria, quanto da Venezuela neste trabalho. Obviamente, outros países poderiam ser discutidos neste ponto, como, por exemplo, Turquia, Polônia, Japão ou Colômbia. Muito embora alguns deles também sejam rapidamente citados em diferentes pontos desta pesquisa⁷⁵, a opção por um estudo mais detalhado da Hungria e da Venezuela deve-se ao fato de que esses dois últimos países configuram os exemplos mais expressivos daquilo que David Landau descreve como constitucionalismo abusivo. Apesar de todas as diferenças entre eles – relativas, por exemplo, aos sistemas de governo e ao perfil das respectivas lideranças políticas –, a ideia é que tanto na Hungria, quanto na Venezuela, as estratégias de ataque às constituições são bastante ilustrativas e bastam para demonstrar as situações nas quais países até então estáveis passam a ter suas democracias ameaçadas. Não que outros países, portanto, não pudessem ser escolhidos; a ideia é apenas a de que Hungria e Venezuela já

⁷⁴ Quem, por exemplo, fala em regimes híbridos e autoritarismos sutis é Ozan Varol (2015, p. 1673-1742). Em suas próprias palavras: “Recentemente, surgiu uma crescente literatura que examina regimes que residem em algum lugar entre os extremos opostos da democracia e do autoritarismo, combinando características de ambos. Acadêmicos têm rotulado esses regimes como ‘autoritarismo competitivo’, ‘autoritarismo eleitoral’, ‘semi-autoritarismo’, ou ‘Frankenestados’. Embora haja diferenças conceituais entre esses rótulos, a maioria possui as mesmas características: competição eleitoral multipartidária existe, mas é injusta, porque os detentores do poder aproveitam-se de vantagens sistemáticas contra seus oponentes. Por consequência, eles tendem a ficar no poder indefinidamente, e o propósito central da democracia – eleições competitivas e a consequente alteração no poder – torna-se significativamente debilitado” (VAROL, 2015, p. 1683).

⁷⁵ Sobre a Turquia, ver o tópico anterior, em especial a nota de n. 65; sobre a Polônia, veja-se a nota de n. 77, logo abaixo; em relação ao Japão, cf. a nota de n. 62; e quanto à Colômbia, veja-se o capítulo 3, item 3.4.

bastam para descrever cenários bastante evidentes de erosão democrática, para, logo depois, no capítulo 3, se discutir sobre os fatores de defesa das constituições de regimes democráticos – objetivo principal desta pesquisa.

À luz dessas considerações, então, pode-se dizer que, na Hungria, tudo tem início com a vitória do partido de Viktor Orban, o chamado *Fidesz*, no ano de 2010, nas eleições para o Parlamento. Com a formação de uma ampla maioria, favorecida pelas regras do sistema eleitoral húngaro, uma série de emendas à Constituição, que estava em vigor na época, foi aprovada pelo partido dominante, a fim de que as instituições responsáveis por fiscalizarem o governo fossem enfraquecidas. Uma dessas instituições mais atingidas foi a Corte Constitucional do país, que, logo num primeiro momento, teve suas competências para o julgamento de questões fiscais e orçamentárias esvaziadas⁷⁶.

Como se tudo isso já não bastasse, o *Fidesz* foi ainda mais longe e iniciou a execução de um plano para a elaboração de uma nova constituição na Hungria, que acabou entrando em vigor em 1º de janeiro de 2012. Entre as principais inovações feitas por essa carta política, estava o aumento do número de membros da Corte Constitucional de 11 para 15 e, paralelamente, a diminuição da idade máxima para a aposentadoria dos juízes, que caía de 70 para 62⁷⁷. Nem é preciso dizer que, com isso, não só o Parlamento estava nas mãos do *Fidesz*, como também o próprio Poder Judiciário acabou sendo capturado pelo partido de Viktor Orban. Com as modificações, por fim, feitas nas regras eleitorais distritais, o *Fidesz* tornou-se ainda mais forte nas eleições subsequentes,

⁷⁶ Como David Landau explica em seu texto: “O Parlamento reformou a Constituição, para dar aos membros do *Fidesz* maiores poderes sobre os processos de nomeação, e assim que a Corte derrubou uma taxa retroativa de bônus recebidos por determinados servidores públicos, o Parlamento respondeu com a aprovação de uma emenda constitucional, subtraindo boa parte da jurisdição que o Tribunal possuía em matéria de questões fiscais e orçamentárias” (LANDAU, 2013, p. 208).

⁷⁷ Em 2015, na Polônia, o chamado Partido da Lei e da Justiça (PiS), fundado logo após o fim do regime comunista, com o objetivo de edificar um país sobre valores genuinamente poloneses e de inspiração católica, também conseguiu interferir de forma grave na independência da Corte Constitucional polonesa. Primeiramente deixou de nomear para o Tribunal juízes que haviam sido indicados pelo governo anterior, aprovando a indicação de 5 outros nomes, que o próprio PiS acabou apontando, e, além disso, aprovou uma lei por meio da qual passou a se exigir uma maioria qualificada de 2/3 para a tomada de determinadas decisões pela Corte. De acordo com Ginsburg e Huq: “Assim como aconteceu com as mudanças da Constituição húngara, as reais implicações dessas regras só tornaram-se evidentes quando se passou a olhar para o modo como elas interagem. A nova regra dos 2/3, por exemplo, interagia com as novas nomeações feitas pelo PiS, para de fato negar ao Tribunal o poder de invalidar as leis propostas pelo PiS, ainda que houvesse quórum para isso” (GINSBURG; HUQ, 2018, p. 99).

mantendo-se até hoje como um partido que, só com muita dificuldade, será um dia afastado do poder (LANDAU, 2013, p. 189).

Na Venezuela, por sua vez, algo semelhante aconteceu após a eleição de Hugo Chavez para presidente em 1998. Muito embora o início de seu mandato representasse o fim de um sistema político, que até então contava com apenas dois partidos que se revezavam no poder, o governo de Hugo Chavez foi marcado por uma série de medidas autoritárias. Em razão de uma forte oposição que o impedia de executar sua agenda, Chavez começou a buscar junto à população apoio suficiente para que uma assembleia constituinte fosse convocada e uma nova constituição fosse aprovada no país⁷⁸. Por mais que a Corte Suprema venezuelana tenha tentado contê-lo, não foi possível evitar que a constituinte de fato se instalasse e, ainda por cima, com uma composição que era totalmente favorável ao governo de Chavez.

Com a aprovação do novo texto constitucional em 1999, tanto o Congresso Nacional quanto a Corte Suprema foram fechados, para, logo em seguida, serem preenchidos por agentes aliados ao governo chavista. O prazo de duração do mandato presidencial, que era de apenas 4 anos, foi aumentado primeiramente para 6, prorrogáveis por mais 6, e, em 2009, após a aprovação de novas emendas constitucionais, para sucessivas reeleições sem nenhum limite, o que permitiu Chavez permanecer no poder até o ano de sua morte em 2013 (Ibidem, p. 206)⁷⁹.

⁷⁸ Como o próprio David Landau afirma: “Chavez argumentava que o ‘povo’ tinha um poder implícito de substituir seu próprio texto constitucional e propôs um referendo, a fim de decidir se eleições para uma assembleia constituinte deveriam ser feitas. A Suprema Corte concordou com a proposta, anotando que o povo tinha a titularidade do ‘poder constituinte originário’, que era ‘prioritário e superior ao regime jurídico estabelecido’, e que portanto tinha o poder de substituir o texto constitucional em vigor” (LANDAU, 2013, p. 204). Muito embora a Corte ainda tenha tentado posteriormente limitar os poderes da Assembleia, dizendo que ela estava vinculada ao espírito da Constituição existente e aos princípios do Estado Democrático de Direito, tais limitações, segundo o mesmo Landau, nunca se provaram eficientes na prática para restringir a atuação de Chavez e de seus aliados.

⁷⁹ Com sua morte, quem assume o governo é seu sucessor Nicolás Maduro, que agrava o processo de enfraquecimento da democracia no país, atentando inclusive contra órgãos da imprensa venezuelana, que passaram a ficar sob vigilância política ainda mais intensa. Eleições acontecem no ano de 2014, que terminam com uma vitória polêmica de Maduro, que, tal como Chavez, passa a enfrentar uma forte oposição no Congresso. Em março de 2017, a Suprema Corte aliada de Maduro tenta boicotar o funcionamento do Legislativo, a fim de eliminar o maior foco de resistência ao governo que existia no país; logo depois, em maio de 2017, Maduro anuncia sua intenção de convocar uma assembleia constituinte, que teria poderes não apenas de elaborar um novo texto constitucional, mas também o de dissolver os órgãos legislativos existentes e o de convocar novas eleições (GINSBURG; HUQ, 2018, p. 46). Como a oposição se recusou a participar de tal constituinte, nenhuma constituição chegou a ser definitivamente aprovada, mas o país acabou mergulhado em uma aguda crise política, que chegou ao ponto de fazer com que Juan Guaidó, um

Ainda que seja possível perceber no governo de Chavez alguns traços daquilo que muitos chamam de práticas experimentais – caracterizadas por uma ruptura com o modelo constitucional eurocêntrico, para a realização de um novo constitucionalismo que venha de baixo e seja transformador –, o fato é que a aprovação da Constituição venezuelana de 1999 manteve as mesmas estruturas de poder que, desde sempre, marcaram a história política da América Latina, dona de uma tradição de presidentes fortes, que concentram muitos poderes em suas mãos (ACUNHA, 2017, p. 79)⁸⁰.

O que se percebe, portanto, é que nem na Hungria, nem na Venezuela, foi necessário nenhum golpe militar; no país de Viktor Orban, tudo aconteceu após a formação de uma maioria parlamentar, que conseguiu aprovar não só uma sucessão de emendas constitucionais, como também uma nova constituição no ano de 2012, que tornou o *Fidesz* praticamente incontrolável e quase impossível de ser destituído. Na Venezuela, o governo de Chavez, que não tinha no início a maioria necessária no Parlamento, soube utilizar-se do apoio do povo, visto como algo meramente simbólico⁸¹, para convocar uma assembleia constituinte e aprovar uma nova constituição que, então, fosse mais favorável ao projeto político de Hugo Chavez.

Muito embora a situação brasileira seja diferente desses dois países, diversos estudos publicados recentemente também começaram a incluir o Brasil entre as nações cuja democracia acabou entrando em declínio nos últimos anos. Um desses estudos é o do professor Emílio Peluso Neder Meyer (2021), que, em uma obra totalmente dedicada ao tema, chega a dizer que o caso brasileiro revela um paulatino processo de erosão de

deputado da oposição, se autoproclamasse em 2019, uma espécie de presidente paralelo da Venezuela, sem tampouco nenhuma legitimidade democrática, agravando os conflitos políticos da nação.

⁸⁰ A propósito da elaboração da Constituição venezuelana de 1999, Fernando Acunha afirma: “O processo constituinte de 1999 (que se iniciou com intensa participação popular como meio de legitimação para o encerramento definitivo do sistema bipartidário anterior) acabou por resultar numa influência muito limitada da população, restrita a temas menores, com a prevalência ostensiva dos interesses do Presidente da República nas áreas sensíveis da Constituição (sobre a definição das competências e conformação dos poderes). (...)A redação final da Constituição teria acabado por sancionar um modelo permissivo com práticas excessivamente centralizadoras, que colocariam a Presidência da República em posição de enorme destaque e predominância no quadro político-institucional venezuelano” (ACUNHA, 2017, p. 79).

⁸¹ A referência ao povo como um símbolo, ou ainda melhor como um ícone, deve-se à obra de Friedrich Müller, que assim se pronuncia: “(...) a invocação do povo, a ação ‘em nome do povo’ é apenas icônica. (...) fala-se como se ele estivesse exercendo a dominação real, como se tivesse agido de forma mediada (...). Nesse caso usamos o povo como sucessor da justificativa pré-democrática, supra-mundana: eis o legitimismo ‘por obra e graça do povo’ [‘von Volkes Gnaden’]” (MÜLLER, 2003, p. 67 – tradução de Peter Naumann).

sua democracia constitucional. Para que o referido processo possa ser compreendido, ele será examinado a partir de agora.

2.5 Erosão constitucional no Brasil

Como foi mencionado, Richard Albert faz referência ao Brasil em sua obra sobre desmembramento constitucional. O motivo que o levou a citar a Constituição de 88 foi a emenda constitucional n. 95, de 2016, que estabeleceu um novo regime fiscal para o país e definiu um limite para os gastos públicos, em matéria de educação e saúde, pelo prazo de 20 anos⁸². Em sua opinião, o pacto constitucional estabeleceu um enorme catálogo de direitos sociais, cuja proteção não deveria jamais ser enfraquecida, a não ser que se quisesse violar profundamente os valores sobre os quais estaria edificado o Estado brasileiro.

A fim de que suas conclusões pudessem ser feitas com segurança, Albert chega a dizer que, até mesmo para pesquisadores no Brasil, como o professor da UnB Juliano Zaiden Benvindo, a referida emenda teria sinalizado uma grande mudança do contrato social celebrado pelos agentes que participaram da elaboração da Constituição em 1988 (ALBERT, 2019, p. 64).

O que importa destacar aqui é que a aprovação da emenda constitucional n. 95/2016 deu-se em uma situação que o professor Emílio Meyer descreve como um processo de desmonte de direitos sociais e de erosão da democracia constitucional no Brasil (MEYER, 2021, p. 75-78), à semelhança do que também já vinha acontecendo em alguns outros países. De acordo com ele, a situação brasileira também revela um processo lento de degradação, que se desenvolve ao longo do tempo e que deve ser compreendido em sua totalidade; eventos isolados podem até ser destacados, mas o que realmente

⁸² Apesar de várias ações já terem sido ajuizadas no STF, questionando a constitucionalidade dessa emenda, a Corte ainda não se pronunciou sobre o tema. Nas ações, sob a relatoria da Ministra Rosa Weber, partidos políticos e entidades de classe argumentam que a tramitação da proposta no Congresso Nacional não obedeceu o procedimento determinado pela Constituição Federal, o que caracterizaria vício de ordem formal. Do ponto de vista material, afirmam que a norma viola cláusulas pétreas da Constituição, atentando contra os direitos à saúde e à educação, além de ferir outros princípios como os da democracia e da separação de Poderes. Para uma abordagem completa sobre as ações ajuizadas no STF, cf. a notícia veiculada no seguinte portal eletrônico: <<https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/476970719/novas-acoes-questionam-emenda-constitucional-que-limita-gastos-publicos>>. Acesso em: 18/02/2022.

importa compreender nesse contexto é a soma de uma série de circunstâncias que, ao fim, contribuem para o declínio da qualidade da democracia brasileira.

Apesar dos protestos ocorridos em junho de 2013, durante a Copa das Confederações, já ter revelado a hostilidade que grande parte da sociedade brasileira passava a alimentar contra o sistema político, foi no ano de 2014 que a democracia começou a ser atacada institucionalmente, logo após o questionamento da lisura do pleito eleitoral e do resultado das eleições presidenciais daquele ano pelo PSDB (MEYER, 2021, p. 1)⁸³. Dentro desse mesmo contexto, em que o ódio contra a classe política já parecia bem evidente, são realizadas as primeiras fases da chamada Operação Lava Jato, que, embora tenha revelado grandes esquemas de corrupção, nunca se limitou a ser apenas uma investigação ou um conjunto de processos judiciais. Como Cláudio Pereira de Souza Neto chega a destacar, as decisões do então juiz Sérgio Moro eram apenas uma das dimensões da Lava Jato, que contava com muitas outras estratégias, como, por exemplo, a campanha das “10 medidas contra a corrupção”, lançada no ano de 2015 e que imediatamente contou com total apoio de grupos da chamada “nova direita”, como o Movimento Brasil Livre (MBL) e o Vem pra Rua, responsáveis por organizarem enormes manifestações pelo *impeachment* da ex-Presidenta⁸⁴ Dilma Rousseff no ano seguinte (SOUZA NETO, 2020, p. 81).

A propósito do *impeachment* de Dilma, pode-se dizer que ele foi marcado por sucessivas polêmicas: muitas e muitos pesquisadores questionavam se algum crime de responsabilidade havia sido realmente cometido, se o procedimento não havia sido instaurado por uma manobra do então Presidente da Câmara dos Deputados Eduardo Cunha e se a decisão final de perda do mandato tomada pelo Senado Federal não era em decorrência apenas de um “grande acordo nacional” feito por atores políticos relevantes

⁸³ Cláudio Pereira de Souza Neto também compartilha da mesma opinião, dizendo o seguinte: “Em 2014, pela primeira vez desde o início da Nova República, o resultado das eleições não foi reconhecido pelo candidato derrotado. Poucos meses após o pleito, Aécio Neves afirmava não ter perdido a eleição para um partido, mas para uma ‘organização criminosa’. O PT passava a ser tratado não como adversário, mas como inimigo, não só por extremistas de direita, mas também pelo PSDB (...)” (SOUZA NETO, 2020, p. 12).

⁸⁴ Para que não haja dúvidas, a expressão “presidenta” é utilizada sem qualquer conotação partidária ou ideológica, pois está registrada em vários dicionários contemporâneos, especialmente nas principais obras de referência da lexicografia portuguesa e brasileira, como o *Vocabulário da Língua Portuguesa* de Rebelo Gonçalves (1966) ou o *Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa*, da Academia Brasileira de Letras (5.^a edição, 2009). Além disso, Machado de Assis, o grande escritor brasileiro, usa a palavra em seu mais do que clássico *Memórias Póstumas de Brás Cubas*, publicado em 1880.

que, na fala de Romero Jucá, incluíam juízes do STF e até representantes das Forças Armadas⁸⁵.

Com o afastamento de Dilma, Michel Temer é quem assume a presidência do país, colocando em prática uma agenda de perfil neoliberal, que, com o argumento de combater a crise econômica que se abatia sobre o país, acabou enfraquecendo uma série de direitos sociais e trabalhistas previstos na Constituição de 1988. Foi durante sua gestão que, de um lado, se aprovou a emenda constitucional n. 95/2016, restringindo-se a atividade do Estado brasileiro em relação à promoção de direitos como educação e saúde, e, de outro, flexibilizou-se um conjunto de direitos trabalhistas, com a promulgação das Leis 13.429 e 13.467, ambas do ano de 2017, que possibilitaram a utilização irrestrita do trabalho terceirizado e o fim da contribuição sindical, respectivamente. Esse processo de enfraquecimento de direitos sociais assegurados no texto constitucional foi descrito pelo professor Cristiano Paixão como “oportunismo desconstituente” (PAIXÃO, 2020)⁸⁶.

Paralelamente, apesar de o governo Temer também ter sido marcado por denúncias de corrupção, nenhuma das acusações feitas pela Procuradoria-Geral da República em 2017 foi admitida na Câmara dos Deputados, que praticamente blindou o ex-Presidente até o fim de seu mandato; em abril de 2018, porém, Luiz Inácio Lula da Silva é quem acaba sendo preso, logo após a confirmação de sua condenação em segunda instância, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que o impediu de concorrer às

⁸⁵ No ponto, cf., por exemplo, as afirmações feitas pelo professor Pablo Holmes: “Por fim, tratou-se de uma deposição presidencial tramada por um Vice-Presidente e um senador que foi flagrado propondo explicitamente a deposição da presidenta como a melhor solução para limitar as investigações contra si e seus aliados. Segundo Romero Jucá, a queda da presidenta seria o resultado de um ‘pacto’ que incluiria juízes da suprema corte e o assentimento de setores das forças armadas, numa votação decidida por acordos partidários no congresso, sem o consentimento de eleições populares e livres. Segundo o senador, inclusive ‘já havia caído a ficha’ do principal partido de oposição, o PSDB, de que a deposição era um imperativo para paralisar a ‘sangria’ ocasionada pela Lava-Jato, que logo o atingiria” (HOLMES, 2016). Disponível em: <<https://jornalggn.com.br/crise/a-definicao-de-golpe-por-pablo-holmes/>>. Acesso em: 30 jun. 2021.

⁸⁶ Conforme o professor Cristiano Paixão afirma: “A Lei nº 13.467/2017 decretou o fim da contribuição sindical obrigatória, que havia sido recepcionada pela Constituição de 1988 e continuava a ser um dos lastros da organização sindical. Vários problemas se colocaram com o fim abrupto de tal receita, feito de modo apressado e sem diálogo social na sua apreciação, entre eles a perda da principal fonte de arrecadação dos sindicatos profissionais, que sofreram um enorme impacto com o novo quadro”. A propósito da Lei 13.429/2017, complementa: “Ficou referendada, assim, a utilização irrestrita da terceirização, o que atrairá situações de crescente desigualdade e discriminação, com trabalhadores ‘próprios’ e ‘terceirizados’ no mesmo ambiente de trabalho, exercendo as mesmas funções, mas com rol substancialmente diverso de direitos e garantias” (PAIXÃO, 2020). Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/artigos/30068-o-stf-e-o-direito-do-trabalho-as-tres-fases-da-destruicao>>. Acesso em: 22 mar 2022.

eleições presidenciais daquele ano, para as quais era dado como favorito em todas as pesquisas de intenção de voto. Com sua exclusão, Jair Messias Bolsonaro é, enfim, escolhido Presidente da República, nomeando como Ministro da Justiça o ex-juiz Sérgio Moro, o mesmo que havia conduzido os processos contra Lula na 13ª Vara Federal de Curitiba.

A revelação, porém, de diálogos mantidos entre o próprio Sérgio Moro e integrantes da Força Tarefa do MPF, que sugeriam a atuação conjunta do órgão julgador com os Procuradores da República ao longo da Operação Lava Jato, logo começaram a colocar em xeque a credibilidade do ex-juiz. Em março de 2021, quando Sérgio Moro já havia se afastado do Ministério da Justiça, o STF acabou decidindo, por maioria de votos, e com base em uma série de argumentos, que o ex-Juiz havia atuado com parcialidade nos processos contra Lula, reconhecendo-o como suspeito⁸⁷.

O Presidente Jair Bolsonaro, de sua parte, eleito após uma campanha sustentada em *fake news*⁸⁸, pela qual prometia o fim da corrupção, tampouco conseguiu se manter distante de escândalos que acabaram comprometendo sua imagem; o suposto envolvimento de seus familiares com a chamada “rachadinha” e com integrantes da milícia do Rio de Janeiro, como Adriano da Nóbrega⁸⁹, juntamente com todas as

⁸⁷ O caso foi apreciado no julgamento do HC 164.493 feito pela 2ª Turma do STF, em junho de 2021. Como se sabe, logo após seu pedido de vista, o min. Nunes Marques decidiu no mesmo sentido dos votos anteriores do min. Fachin e da ministra Carmen Lúcia, que deixavam de reconhecer até aquela ocasião a parcialidade do ex-juiz de Curitiba. Todavia, no último momento, a ministra Carmen Lúcia alterou o sentido de seu voto e passou a formar uma nova maioria com os ministros Gilmar Mendes e Lewandowski, dando ganho de causa ao ex-presidente Lula. O min. Gilmar Mendes, em especial, destacou como uma das causas da suspeição do ex-juiz o fato dele ter condenado o ex-presidente Lula e, em seguida, ter assumido o cargo de ministro da Justiça no governo de Jair Bolsonaro, que era um inimigo declarado do petista. Além disso, o min. Gilmar Mendes fez considerações em seu voto sobre a divulgação, por Moro, do áudio de interceptações com validade duvidosa, envolvendo os ex-presidentes Lula e Dilma, bem como do conteúdo da delação premiada feita por Antônio Palocci na semana que antecedia as eleições presidenciais do primeiro turno em 2018. Para uma análise mais detida desse julgamento, cf. a matéria disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=461996>>. Acesso em: 20 mar 2022.

⁸⁸ Conforme o professor Emílio Peluso Neder Meyer: “Levou quase um ano para a empresa *Whatsapp* (pertencente ao *Facebook*) admitir que havia autorizado o envio de mensagens em massa a diversos destinatários, durante as eleições presidenciais de 2018. Em uma reportagem surpreendente publicada na Folha de São Paulo em 18 de outubro de 2018, a jornalista Patrícia Campos Mello já havia relatado que companhias estavam contratando serviços por um alto preço para o envio de volumes de mensagens pelo *Whatsapp*” (MEYER, 2021, p. 176). Como logo depois ele conclui: “É preciso ter em mente que, de qualquer modo, informações falsas, *bot*, *botnets* e outras tecnologias desempenham um papel fundamental ao afetarem o ponto social necessário ao constitucionalismo democrático” (Ibidem, p. 198).

⁸⁹ Como o professor Emílio Meyer destaca, a família Bolsonaro tinha vínculos muito próximos com Antônio da Nóbrega, um ex-policial militar do Rio de Janeiro, morto durante um confronto com a polícia,

polêmicas sobre o denominado “orçamento secreto”, que mantém a prática tão difamada pelo Presidente do “toma lá, dá cá”⁹⁰, tudo isso, em alguma medida, colocou em dúvida a integridade vendida por Jair Bolsonaro durante as eleições.

Para além da gravidade desses fatos, é no campo da institucionalidade que Bolsonaro mais parece perigoso; por diversas vezes, ele chegou a fazer ameaças ao STF, dizendo que não iria mais aceitar as decisões do Tribunal, que, em sua opinião, estavam desafiando sua autoridade. Em uma ocasião que foi amplamente divulgada pela mídia, logo após boatos de que a Corte iria determinar uma medida de busca e apreensão de seu telefone móvel, Bolsonaro convocou uma reunião com generais que faziam parte de seu governo, no dia 22 de maio de 2020, onde chegou a dizer que iria interferir no Tribunal. Conforme ficou esclarecido posteriormente, diferentes pedidos formulados por partidos com assento no Congresso Nacional haviam chegado ao STF, logo após o ex-ministro da Justiça Sérgio Moro deixar o governo, afirmando que o Presidente tinha tentado interferir na Polícia Federal (PF), para buscar informações sobre investigações que estavam em andamento (MEYER, 2021, p. 223). Esses pedidos foram encaminhados à Procuradoria-Geral da República, que, todavia, capturada como foi, recusou-se a fazer o requerimento para a decretação das medidas, que então nunca foram decretadas⁹¹.

em uma fazenda na Bahia em fevereiro de 2020, após seu nome começar a aparecer nas investigações sobre o homicídio de Marielle Franco. Além de ter conexões próximas com Fabrício Queiroz, apontado como um dos operadores do esquema da “rachadinha”, a mãe e a esposa de Antônio da Nóbrega também trabalharam no gabinete de Flávio Bolsonaro, quando ele era deputado estadual do Rio de Janeiro. O ex-policial chegou a ser homenageado com uma medalha em certa ocasião pelo filho do Presidente, que inclusive era um dos políticos mais votados por moradores da comunidade do Rio das Pedras, uma área sob forte domínio de milícias, supostamente lideradas pelo próprio Antônio da Nóbrega (MEYER, 2021, p. 144-145).

⁹⁰ Sobre como o governo de Jair Bolsonaro teria criado um orçamento paralelo, para obter apoio político do chamado “centrão”, cf. o artigo de Vivian Virissimo disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2021/11/09/o-que-e-o-orcamento-secreto-entenda-o-esquema-criado-por-bolsonaro-e-lira-no-congresso>>. Acesso em: 15 mar 2022.

⁹¹ A Procuradoria-Geral da República, certamente, configura o exemplo mais nítido de captura das instituições do Estado pelo governo de Jair Bolsonaro. Conforme explica Emílio Meyer, durante o governo Lula, havia a tradição de se nomear sempre o integrante mais votado da lista tríplice formada após eleição realizada pelos membros do MPU; o Presidente Temer foi o primeiro a desfazer essa tradição, nomeando em sua época a segunda candidata mais votada da lista; Bolsonaro, de sua parte, simplesmente ignorou a lista tríplice por duas vezes, nomeando como Procurador-Geral da República Augusto Aras, que sequer chegou a ser escolhido pelos membros da carreira. Apesar de possuir legitimidade para processar o Presidente por crimes comuns, Aras tem sido visto como um verdadeiro aliado de Jair Bolsonaro, com uma atuação que é inofensiva ao seu governo, mas ao mesmo tempo com capacidade para causar um grande estrago na democracia brasileira (MEYER, 2021, p. 210).

Nunca é demais lembrar que esse era o contexto em que muitos dos apoiadores do Presidente Jair Bolsonaro começaram a sustentar a legitimidade de uma intervenção militar no STF, a partir de uma interpretação do artigo 142, da CF, que, na opinião deles, teria conferido às Forças Armadas a missão de atuarem como Poder Moderador no Brasil. Em pouco mais de um ano depois, no dia 7 de setembro de 2021, milhares de pessoas foram às ruas do país, incentivadas pelo próprio Jair Bolsonaro, para fazerem um grande protesto contra o STF e os ministros da Corte. O Presidente aderiu às manifestações e fez um duro discurso sobre o Tribunal, não deixando de sinalizar positivamente às multidões, que, entre outras coisas, pediam o fechamento da Corte e a prisão de alguns de seus juízes.

De certa maneira, o Congresso Nacional também foi alvo de intimidação pelo Presidente no dia 10 de agosto de 2021, quando, durante a discussão da PEC referente ao voto impresso, tanques desfilaram pela Praça dos 3 Poderes em direção ao Palácio do Planalto, onde Bolsonaro os aguardava com comandantes do Exército e da Aeronáutica. Apesar da imagem dos tanques expelindo fumaça preta ter virado piada internacional, muitos enxergaram aquele episódio como uma tentativa de intimidação dos parlamentares pelo Presidente (BENVINDO, 2021).

Para completar, o governo de Jair Bolsonaro ainda vem sendo marcado por muitos outros retrocessos: desde quando assumiu seu mandato, o Presidente já tentou interferir na autonomia das Universidades Públicas, editando, por exemplo, a Medida Provisória n. 979, de 9 de junho de 2020, “que previa em caso de término de mandato dos atuais dirigentes durante a pandemia da Covid-19, a designação de reitor e vice-reitor *pro tempore* para universidades federais pelo ministro da Educação, sem um processo de consulta à comunidade” (BARBOZA *et al.*, 2020); por meio do decreto n. 9.759/2019, chegou a determinar a extinção de conselhos populares, como o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente e o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, tentando impedir a participação do povo na elaboração das políticas públicas respectivas, o que representava uma grave violação ao regime democrático⁹²; tentou

⁹² No ponto, cf., por exemplo, as palavras do min. Marco Aurélio, durante o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 6121, na qual se requeria a suspensão de dispositivos do Decreto 9759/2019: “Daí resumir a participação política dos cidadãos ao ato de votar é passo insuficiente ao fortalecimento da vitalidade prática da democracia, cujo adequado funcionamento pressupõe o controle, crítico e fiscalizatório, das decisões públicas pelos membros da sociedade. Povo que não a exerce não se autogoverna”. Para uma análise mais detida do caso, cf. a matéria disponível em:

transferir, por medidas provisórias (870 e 886, ambas de 2019), a competência para a demarcação de terras indígenas da Fundação Nacional do Índio (Funai) para o Ministério da Agricultura, que estava sob intenso controle do agronegócio; tentou igualmente ampliar o acesso da população – e sobretudo de seu eleitorado – a armas que antes eram de utilização restrita das polícias militares, da PF e do Exército, beneficiando réus que haviam sido condenados pela prática dos crimes previstos no Estatuto do Desarmamento, inclusive acusados pelo Ministério Público de integrarem organizações criminosas, como as milícias (MEYER, 2021, p. 151); sem falar de sua postura negacionista durante a pandemia da Covid-19, que, segundo o relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), instaurada no Senado Federal, traduziu a prática de uma série de delitos como prevaricação, charlatanismo, epidemia com resultado morte e crimes contra a humanidade, sem os quais muitas das quase 700 mil mortes poderiam ter sido evitadas⁹³.

Como o professor Emílio Meyer resume, esse processo todo de erosão constitucional no Brasil significa uma situação prolongada no tempo, que, apesar de não provocar uma ruptura definitiva do sistema constitucional em vigor, representa uma série de desafios ao ordenamento constitucional do país, cujos valores foram flagrantemente violados nesses últimos anos (MEYER, 2021, p. 8-9). Muito embora essa erosão se agrave no governo Bolsonaro⁹⁴, ela não se inicia somente em 2018. Muitos outros fatores já estavam presentes, bem antes de sua eleição, como, por exemplo, a validação pelo STF em 2010 da anistia concedida aos militares, pelos crimes praticados contra opositores do regime instaurado após o golpe de 1964. A ausência de uma justiça de transição efetiva, talvez, explique a presença de integrantes das Forças Armadas já no governo de Michel Temer, mas principalmente na gestão de Jair Bolsonaro, que consolida o retorno dos militares à cena política do país⁹⁵ (Ibidem, p. 50-51).

<<https://www.migalhas.com.br/quentes/304314/stf--5x4-para-impedir-extincao-de-conselhos-por-bolsonaro>>. Acesso em: 20 mar 2022.

⁹³ A propósito, cf. a matéria disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/cpi-da-covid-ao-vivo-relatorio-final-da-comissao-e-apresentado-e-lido/>>. Acesso em: 21 mar 2022.

⁹⁴ Como o professor Emílio Meyer resume: “Agências de controle independentes, corpos executivos técnicos e autônomos, a proteção do meio-ambiente, direitos indígenas, direitos humanos, direitos socioeconômicos à saúde e à educação, liberdade de imprensa e liberdade de expressão todos são princípios descritos na Constituição de 1988. É possível concluir que o governo de Bolsonaro está profundamente comprometido com o debilitamento das normas constitucionais” (MEYER, 2021, p. 215).

⁹⁵ No mesmo sentido, inclusive destacando a validade pelo STF da anistia concedida aos militares por seus crimes como uma tentativa do passado de se manter na realidade presente, Fernando Acunha *et al.* afirmam:

Não por acaso, o Brasil foi considerado um dos cinco países cuja democracia sofreu os maiores abalos na última década, conforme um relatório publicado pelo *V-Dem Institute*, da Suécia, no ano de 2021, elaborado a partir da contribuição de mais de 3 mil pesquisadores e analistas, vinculados em grande parte a universidades ao redor do mundo. Entre as nações que registraram uma queda maior que o Brasil, estavam apenas a Polônia, a Hungria e a Turquia. Na América Latina, o Brasil estava ao lado da Nicarágua, El Salvador e Venezuela. Segundo o referido relatório, a queda da qualidade da democracia no país só não foi maior graças à atuação do Judiciário, que conseguiu evitar retrocessos ainda maiores do governo Bolsonaro⁹⁶.

Esse é um ponto que será melhor aprofundado no próximo capítulo; na verdade, não o Poder Judiciário em si, mas os arranjos institucionais que são definidos, para fazerem a proteção de determinados interesses considerados relevantes, no momento em que as normas constitucionais são pactuadas. O objetivo é responder à pergunta sobre se as instituições são fortes o bastante para garantirem a sobrevivência das constituições, diante de profundas mudanças provocadas no cenário político e econômico de um país.

“Como dissemos, a vida política brasileira está testemunhando um novo desejo de um governo militar. Um desejo de retornar a um tempo em que a política estava estritamente controlada por um sistema bipartidário no qual o governo quase sempre tinha a maioria no Congresso, quando os brasileiros não puderam votar para presidente por mais de 25 anos e quando milhares de oponentes foram perseguidos, presos, mortos ou obrigados a fugir do país. Em meio às ferramentas das novas redes sociais, do *Facebook* e *Twitter* aos programas de rádio, e até mesmo em protestos de rua (poucos, mas numerosos), uma nostalgia da ditadura e da repressão – e uma preocupação com os ‘excessos da democracia’ – encontraram um poderoso canal para veicularem suas queixas. Muitos colocaram suas esperanças no discurso de políticos como Jair Bolsonaro (...). Nós acreditamos que a história tem muito o que dizer aqui, porque há uma forte evidência a favor da direta relação entre o modo como o novo regime democrático inaugurado em 1988 lidou com o seu passado pré-constitucional (ou deixou de lidar) e como esse passado está sendo reconfigurado. Colocando de forma simples: a Constituição não tratou o período autoritário do modo como deveria ter tratado; e, por isso, manteve a porta aberta para tais fantasmas ditatoriais” (ACUNHA *et al.*, 2018, p. 30-31).

⁹⁶ Sobre o relatório elaborado pelo *V-Dem*, cf. o pequeno texto de Jamil Chade (2022), que afirma: “O *V-Dem Institute*, que faz parte da Universidade de Gotemburgo, produz o maior conjunto global de dados sobre democracia, com mais de 30 milhões de pontos de dados para 202 países entre os anos de 1789 e 2021. Envolvendo mais de 3.700 acadêmicos e outros especialistas de outros países, o *V-Dem* mede centenas de diferentes atributos de democracia e, segundo seus representantes, permite novas maneiras de estudar a natureza, causas e consequências da democracia. O instituto deixa claro que o Brasil está entre os países que mais sofreu um processo de erosão da democracia na última década, ao lado de Hungria, Índia, Polônia, Sérvia e Turquia. Na América Latina, o Brasil faz parte de um grupo que conta com El Salvador, Nicarágua e Venezuela”. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2022/03/21/brasil-vive-processo-de-autocratizacao-democracia-recua-30-anos-no-mundo.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em 21 mar 2022.

Antes que essa discussão, todavia, se inicie, uma breve síntese sobre o que foi falado neste capítulo será feita, para facilitar a compreensão das ideias que foram debatidas até aqui.

2.6 Últimas palavras

Se o capítulo 1 pôs em destaque o processo de criação das normas constitucionais, apontando ainda um critério formal pelo qual é possível identificar a morte de uma constituição, o capítulo 2 mostrou como a famosa Constituição de Weimar morreu e como outros textos constitucionais ao redor do mundo foram profundamente transformados, sem serem mortos, ou estão sendo ameaçados em tempos mais recentes.

Muito embora o sinal mais evidente de morte de uma constituição seja a sua substituição oficial por um outro texto constitucional, o exemplo da Constituição de Weimar demonstra que a decretação de estados de emergência e a edição de leis que suspendem as normas constitucionais também podem significar que uma determinada ordem constitucional já não existe mais.

Em outras situações, ainda é possível que uma dada constituição seja gravemente modificada, sem, no entanto, ocorrer uma ruptura completa do ordenamento constitucional em vigor; nesses casos, fala-se que a constituição continua existindo, apesar de sua identidade, valores ou estrutura ter sido nitidamente afetada. Tal transformação pode se dar com pelo menos dois objetivos diversos: para aperfeiçoar valores democráticos ou violá-los.

A 13ª emenda, que acabou com a escravidão nos EUA, é um bom exemplo de como uma constituição pode ser desmembrada com a finalidade de se fortalecer valores democráticos. Em contrapartida, há situações nas quais esses valores podem ser comprometidos de diferentes maneiras: por um lado, isso pode acontecer mediante um golpe militar ou pela decretação de algum estado de emergência, que com toda a evidência faz com que um determinado regime democrático entre em colapso; por outro, processos mais refinados de ameaças à democracia, que a destroem aos poucos, podem ser desenvolvidos, sem que os danos provocados sejam percebidos com tanta facilidade, a não ser que se olhe para toda a sequência dos eventos realizados.

Para que constituições não cheguem a morrer, nem acabem sendo substituídas por novos textos constitucionais que apenas favorecem os detentores do poder, como

aconteceu na Hungria e na Venezuela, é importante que sejam apontados alguns fatores que possam proteger as constituições de regimes democráticos, garantindo-lhes sobrevivência, mesmo quando mudanças venham a ocorrer no ambiente político. Esse é o tema que o próximo capítulo pretende debater com mais atenção.

Até aqui tudo o que se quis foi identificar como as constituições morrem, quando elas podem ser substituídas, quando são profundamente transformadas e também em que situações elas podem ser ameaçadas; sobretudo nessas situações – quando os perigos que rondam as constituições nem sempre são visíveis – é que a pergunta sobre os fatores indispensáveis a sua proteção mais faz sentido.

CAPÍTULO 3 – FATORES ENDÓGENOS DE DEFESA DAS CONSTITUIÇÕES

3.1 Considerações iniciais

Constituições, como se viu, podem ser mortas, quando forem oficialmente revogadas e, em seguida, substituídas por novos textos constitucionais; excepcionalmente, pode acontecer que, ao invés de serem substituídas por novas constituições, elas acabem tendo sua vigência suspensa pela edição de outros atos normativos típicos de um estado de emergência, como ocorreu na Alemanha, com a Constituição de Weimar.

Em outras situações, é possível que algumas constituições sejam radicalmente modificadas, fortalecendo-se ou enfraquecendo-se o regime democrático de um determinado país, a depender do conteúdo das mudanças provocadas no texto constitucional. Nesse último contexto, em que a transformação profunda de uma dada constituição pode violar valores democráticos, é que surge a pergunta sobre se os arranjos institucionais estabelecidos pelas constituições podem protegê-las das ameaças provenientes do ambiente político e econômico a sua volta.

Se, portanto, até aqui foi possível discutir como as constituições morrem e são ameaçadas, a partir de agora a preocupação é com como elas podem sobreviver, em meio às transformações ocorridas no mundo ao seu redor. Assim, a pergunta que deve ser respondida neste capítulo é se há determinados fatores que podem ser definidos pelas próprias constituições e que são capazes de protegê-las das ameaças externas feitas contra elas.

Esses fatores foram chamados nesta pesquisa de “fatores endógenos”, porque eles se referem ao sistema institucional que é adotado por uma determinada constituição, para a melhor proteção possível dos valores abrigados por ela⁹⁷. Nesse sentido, ao invés do estudo se concentrar no que acontece “lá fora”, no plano das relações sociais, ele volta-

⁹⁷ Em sua famosa obra sobre o sistema presidencialista na América Latina, Roberto Gargarella também se utiliza dessa mesma divisão entre fatores endógenos e exógenos, para, com base nas ideias de James Madison, dizer, em outras palavras, que o controle endógeno das atuações do Estado se estabelece de forma horizontal, entre os próprios poderes da República, quando, por exemplo, o Judiciário controla a constitucionalidade das leis aprovadas pelo Legislativo, e que o exógeno, por outro lado, também chamado de externo, se faz de modo vertical, pelos próprios cidadãos, quando, por exemplo, eles exercem o direito de voto sobre seus candidatos durante as eleições (GARGARELLA, 2013, p. 59).

se, na verdade, para o que um dado texto constitucional estabelece internamente, sobretudo em relação aos arranjos institucionais definidos por ele próprio.

Sob tal perspectiva, o objetivo deste capítulo é tentar compreender como a organização de uma determinada estrutura institucional importa para a defesa das constituições. Para a realização dessa finalidade, primeiramente, será destacada a concepção de James Madison sobre os desenhos institucionais que ele considerava essenciais à maior longevidade da Constituição dos EUA, quando ela estava sendo discutida e elaborada no século XVIII (item 3.2); logo em seguida, após serem identificadas algumas brechas nas ideias de Madison, serão feitas breves referências às propostas mais atuais de Daryl J. Levinson e Paul Pierson sobre como as instituições podem de fato contribuir para a sobrevivência das constituições (item 3.3). Posteriormente, o objetivo é relacionar as discussões feitas nesses dois primeiros itens com os exemplos discutidos no capítulo anterior, principalmente Hungria, Venezuela e Brasil, a fim de se demonstrar a importância prática que determinados arranjos institucionais podem ter para barrarem ou, pelo menos, dificultarem processos de erosão das democracias constitucionais na atualidade (item 3.4). Finalmente, a proposta deste capítulo também é entender como as normas constitucionais podem, elas próprias, dispor de determinadas matérias, a ponto de facilitarem a flexibilidade de um determinado texto constitucional ao longo da história e sua abertura para a inclusão de novos interesses e demandas mais específicas que vão surgindo com a maior complexidade da vida moderna, viabilizando às constituições maior tempo de vida (item 3.5).

O capítulo 4, por sua vez, é que irá debater sobre a importância que os fatores exógenos também têm para a sobrevivência das constituições; tais fatores, ao invés de se relacionarem a um determinado sistema institucional, referem-se a certos interesses que existem na sociedade e que devem ser protegidos pelas normas constitucionais, sob pena delas não conseguirem obter nem a estabilidade, nem a longevidade almejada.

3.2 James Madison e o debate sobre desenhos institucionais nos EUA

No capítulo 1, viu-se que constituições são barganhas que pessoas e grupos celebram entre si em determinado momento da história, para definirem as bases do Estado que querem edificar e os principais valores a partir dos quais irão organizar sua vida em

sociedade⁹⁸. Diante do fato de que as decisões contidas em uma constituição podem alcançar as gerações futuras e limitarem sua capacidade de escolha⁹⁹, há quem diga que existe um conflito entre os ideais democráticos, que postulam o governo do povo, e os ideais do constitucionalismo, que estabelecem limites à soberania popular em nome daquelas escolhas passadas.

O objetivo deste trabalho, porém, como já foi mencionado, não é tanto o de contornar os termos dessa equação, para dar uma resposta satisfatória a esse problema específico¹⁰⁰; a finalidade, justamente ao contrário, é tentar demonstrar como as constituições podem de fato sobreviver ao longo do tempo, apesar de todas as ameaças que podem ser feitas contra elas. Se constituições realmente têm essa ambição, então, ao menos nesta pesquisa, a pergunta que se faz é sobre como elas conseguem desfrutar de

⁹⁸ Neste ponto, seria importante lembrar uma observação que já foi feita no capítulo 1, mais especificamente no item 1.2, quando as características básicas das constituições foram debatidas. Ali, fica muito claro que as constituições pretendem garantir vários tipos de interesses, apresentando-se como barganhas pelas quais direitos podem ser assegurados. Não seria exagero, assim, dizer que elas são um meio para a realização de fins, e um meio que almeja ser relativamente estável e duradouro. Essa, como será visto neste capítulo, também é a característica básica daquilo que deve ser entendido por “instituição”; a conclusão é que constituições não deixam de ser, em certa medida, uma instituição, por meio da qual interesses podem ser satisfeitos e direitos garantidos. É claro que constituições apresentam uma dimensão substantiva, com um conteúdo material relativo a determinados valores, mas isso não afasta sua própria característica instrumental, ou, por assim dizer, procedimental, que também as torna uma instituição. Por isso, conforme o argumento for desenvolvido neste capítulo, ficará claro que o raciocínio aplicado à durabilidade das instituições também serve à maior sobrevivência das próprias constituições – muito embora os arranjos estabelecidos por elas também tenham justamente a finalidade de proteger os valores substantivos abrangidos em seus textos.

⁹⁹ Sobre o problema da legitimidade democrática das constituições, que vinculam diferentes gerações, cf. o capítulo 1, item 1.3.

¹⁰⁰ Lembrando que nem todas as autoras e autores enxergam, nesse ponto, uma oposição necessária, mutuamente excludente, entre constitucionalismo e democracia, como é o caso, por exemplo, do professor Menelick de Carvalho Netto, que, conforme a citação da nota de n. 36, no capítulo 1 (item 1.2), fala de uma tensão produtiva entre esses dois termos. Em sentido semelhante, também é possível mencionar Habermas, que, em obra considerada clássica sobre as relações entre direito e democracia, afirma textualmente: “A ideia de uma autolegislação, feita pelos próprios cidadãos, de fato exige que aqueles que estão sujeitos ao Direito como seus destinatários também possam ser simultaneamente entendidos como seus autores” (HABERMAS, 2019, p. 153). E logo depois, complementa: “Assim, introduzi um princípio do discurso que, antes de mais nada, é indiferente ao Direito e à Moral. O princípio do discurso deve adotar apenas por meio da institucionalização jurídica a forma de um princípio da democracia, que, de sua parte, concede ao processo de construção do Direito força legitimadora. O pensamento decisivo é que o princípio da democracia deve-se ao entrelaçamento do princípio do discurso com a forma jurídica. Eu entendo esse entrelaçamento como uma gênese lógica dos direitos, que se deixa reconstruir gradativamente. (...) Por isso, o princípio da democracia só pode emergir como o núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código jurídico e o mecanismo para a elaboração de um Direito legítimo, ou seja, o princípio democrático, cooriginariamente se constituem” (Ibidem, p. 155).

uma vida tão extensa no curso da história, resistindo, inclusive, às mudanças que se realizam no mundo a sua volta.

Por mais que certos interesses descritos em uma constituição nem sempre favoreçam todas as classes sociais e acabem beneficiando apenas alguns grupos mais privilegiados, não se pode negar que, quando um determinado texto constitucional é pactuado, ele também veicula valores que são considerados importantes para uma vida em sociedade minimamente pacífica. Constituições, em alguma medida, reconhecem a importância de governos democráticos, ao distribuírem funções entre diferentes órgãos, com o objetivo de evitarem a concentração de poderes. Ao mesmo tempo, muitas delas falam em diversos direitos da pessoa humana, como, por exemplo, liberdade, igualdade e, é claro, propriedade. A quem realmente convém a proteção desses interesses é uma questão que será melhor discutida no próximo capítulo; neste momento, o que importa entender é como esses princípios constitucionais, essenciais ao exercício democrático do poder político e ao livre desenvolvimento da personalidade humana, podem de fato ser protegidos.

Quem desenvolveu boas ideias sobre o que deveria ser feito, para que uma determinada constituição fosse defendida e sua sobrevivência, por longos anos, garantida, foi o famoso constituinte e político norte-americano James Madison. A importância de seu pensamento revela-se sobretudo pela ênfase que ele atribuía à necessidade de se estabelecer arranjos institucionais adequados à defesa dos valores da Constituição norte-americana, quando ela estava sendo discutida e elaborada no fim do século XVIII.

Naquele momento, enquanto Thomas Jefferson sustentava a importância de uma declaração de direitos no texto constitucional, com o objetivo de conter os poderes do Estado, Madison, por outro lado, duvidava da capacidade de uma simples declaração de direitos constitucionais realmente impedir maiorias políticas ou “facções”¹⁰¹ poderosas de os violarem. Em sua concepção, a mera previsão de direitos dos politicamente mais fracos em uma constituição não seria, na prática, capaz de restringir os politicamente mais

¹⁰¹ A expressão “facções” é empregada pelo próprio James Madison, na redação dos artigos que compõem a famosa coleção chamada de *Federalistas*, mais especificamente na do volume n. 51: “Em uma sociedade na qual uma forte facção consegue prontamente unir e oprimir a mais fraca, a anarquia, como já foi tristemente falado, pode imperar como se estivesse em um estado de natureza, onde os indivíduos mais fracos não estão seguros diante da violência cometida pelos fortes” (MADISON, 1788-a). Disponível em: <https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed51.asp>. Acesso em: 12 mar 2022.

fortes; ao contrário, a experiência parecia demonstrar que, sem um arranjo institucional adequado, tais declarações de direitos eram sempre violadas, o que acabava tornando sua inclusão no texto constitucional uma mera futilidade (LEVINSON, 2010, p. 666-667)¹⁰².

A bem da verdade, Madison dizia que se a previsão de direitos em uma constituição tinha alguma importância, ela não seria necessariamente a de conter os abusos ou o ímpeto das maiorias, para a proteção de minorias sem influência política. Na realidade, como o exercício do poder político deveria estar fundamentado na vontade majoritária da população, o único modo de garantir respeito aos direitos era pelo seu reconhecimento como parâmetros, em virtude dos quais a maioria do povo conseguiria julgar a legitimidade dos atos praticados pelas autoridades do Estado.

Em outras palavras, direitos não foram pensados inicialmente para protegerem minorias diante de alguma “tirania majoritária”; ao menos na perspectiva de Madison, eles foram concebidos para fortalecerem justamente o governo da maioria e impedir que os agentes oficiais da política se aproveitassem de seus cargos para atenderem apenas seus próprios interesses. A ideia, enfim, era que, ao invés de protegerem minorias afastadas do poder político – como hoje em dia se pensa –, direitos deveriam servir como uma espécie de critério de validade dos atos estatais, unindo e inflamando as maiorias contra as transgressões cometidas pela má atuação de seus representantes eleitos, que então seriam politicamente punidos, por ignorarem ou violarem os direitos de seus mandatários (MADISON, 1788-b)¹⁰³.

¹⁰² Em uma troca de correspondências com Thomas Jefferson, Madison chega a dizer literalmente: “A experiência demonstra a ineficácia de uma declaração de direitos naquelas ocasiões em que sua autoridade é mais necessária. Repetidas violações dessas barreiras de papel têm sido cometidas por maiorias prepotentes em todos os estados. Na Virgínia, eu tenho visto sua declaração de direitos ser violada em todas as instâncias, nas quais elas foram opostas às maiorias presentes” (MADISON, 1788-b). Disponível em: <<https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-11-02-0218>>. Acesso em: 12 mar 2022.

¹⁰³ Nas palavras do próprio Madison: “Considerando que em um governo popular, o poder político e físico pode ser investido nas mesmas mãos, isto é, na maioria do povo, conseqüentemente a tirânica vontade do soberano não é a de ser controlada pelo temor do apelo a nenhuma outra força na comunidade. Qual é o uso, então – pode ser questionado –, que uma declaração de direitos tem em governos populares? Eu dou duas respostas a seguir que, embora menos essenciais em outros governos, suficientemente recomendam precaução. 1. As verdades políticas declaradas naquela maneira solene adquirem por decretos a característica fundamental de máximas de um governo livre, e, como elas são incorporadas ao sentimento nacional, contrapõem-se aos impulsos do interesse e da paixão. 2. Apesar de ser geralmente verdade, como foi afirmado acima, que o perigo da opressão reside no interesse das maiorias do povo, mais do que em atos usurpados do governo, ainda há ocasiões em que o mal pode emergir dessas últimas fontes; e, assim, uma declaração de direitos será um bom fundamento para apelar ao senso da comunidade” (MADISON, 1788-

Essa, portanto, era a lógica que estava por trás da forma como declarações de direitos foram originalmente concebidas pelos pais do constitucionalismo norte-americano (LEVINSON, 2011, p. 667). De todo modo, o fato de os direitos constitucionais serem vistos num primeiro momento como um ponto em torno do qual a maioria da população se orientava – favorecendo a união do povo contra os desmandos do Estado – não impediu Madison de perceber que, ao mesmo tempo, minorias sem capacidade de influência política não poderiam ficar desprotegidas. E que, além da importância de se protegê-las, era preciso que tanto o arbítrio eventual do Estado quanto das próprias maiorias fosse contido. Conforme Madison dizia no volume 51, da famosa coletânea de artigos intitulada *Federalistas*, “era de grande importância em uma República proteger a sociedade não apenas contra a opressão dos governantes, mas também uma parte da sociedade contra as injustiças de outra parte” (MADISON, 1788-a).

Mesmo para essa missão, porém, Madison entendia que a previsão de direitos pelo texto constitucional não passaria de um mero “pergaminho” – de forma semelhante a Lassalle, que falaria de uma simples folha de papel¹⁰⁴. Por essa razão, a ideia do político norte-americano foi pensar em toda uma forma de organização das instituições que pudesse efetivamente impedir o Estado e as maiorias de violarem os princípios que, ao menos em tese, inspiravam a elaboração da Constituição dos EUA, tais como a democracia e as liberdades individuais. Para, porém, entender por que e como as instituições seriam mais úteis à proteção dos valores constitucionais do que eventuais declarações de direitos, importa dizer, antes de mais nada, o que na verdade são instituições.

Sem dúvida, instituições podem ser concebidas como estruturas organizacionais e regras procedimentais relativamente estáveis, por intermédio das quais decisões substantivas sobre políticas públicas são tomadas (LEVINSON, 2011, p. 681). Sob essa perspectiva, seria possível dizer que instituições não são um fim em si mesmo, mas um meio para a realização de determinados objetivos relacionados aos direitos e interesses das mais diversas pessoas e grupos que compõem a sociedade. Justamente por essa capacidade que possuem de satisfazerem necessidades básicas da população e de, acima

b). Disponível em: <<https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-11-02-0218>>. Acesso em: 12 mar 2022.

¹⁰⁴ No ponto, cf. a nota de n. 37, no capítulo 1, item 1.3.

de tudo, maximizarem vantagens de determinados grupos sociais, é que o controle de tais instituições acaba sendo disputado por diferentes agentes que se engajam no mundo político. E quanto maior for a confiança que elas adquirirem dos membros da sociedade, maiores serão as chances delas se tornarem duradouras e de persistirem ao longo do tempo. A título exemplar, consideram-se instituições os poderes da República, o federalismo, as regras relativas às eleições democráticas, agências administrativas, tribunais e até mesmo organizações internacionais, cuja ocupação e atuação interessam aos diversos atores políticos não pelos méritos que elas eventualmente possuam, mas pelos resultados práticos que tais estruturas são capazes de produzir com a tomada de decisões (Ibidem, p. 693)¹⁰⁵.

Uma vez compreendida essa definição, a próxima pergunta a ser feita é: por que a forma pela qual instituições se organizam seria mais eficaz do que uma solene declaração de direitos, para a proteção dos valores constitucionais? Como se viu, no debate com Thomas Jefferson, Madison acreditava que a simples previsão de direitos pelo texto constitucional não seria forte o bastante para conter nem os abusos do Estado, nem o ímpeto das forças políticas majoritárias por grandes transformações. Em sua expressão, a simples elaboração de uma carta de direitos poderia acabar se convertendo em uma espécie de pergaminho, sem nenhuma efetividade prática, caso não fosse adotado um determinado arranjo institucional capaz de frear as arbitrariedades do poder público e a opressão das maiorias¹⁰⁶.

De fato, a própria experiência norte-americana parece demonstrar que direitos podem ser profundamente modificados ou até mesmo suprimidos, a depender das transformações ocorridas na sociedade, e que, em contrapartida, as instituições tendem a revelar maior capacidade de resiliência, para manter sua configuração básica ao longo do tempo, por mais que a alteração das circunstâncias políticas imponha certas

¹⁰⁵ De acordo com Daryl J. Levinson: “Nós podemos, então, distinguir essas instituições procedimentais para tomada de decisões das escolhas substantivas ou resultados políticos, que elas gerarão. O que os atores políticos mais apreciam, por hipótese, são as leis substantivas, regulamentos e decisões judiciais que emergem das estruturas institucionais e dos processos políticos de decisão. As preferências dos atores políticos sobre como essas estruturas institucionais e processos serão arranjados dependerá, primeiramente, das previsões sobre como os vários arranjos irão afetar as políticas públicas” (LEVINSON, 2011, p. 693).

¹⁰⁶ Logo após citar uma passagem de uma carta que Madison envia a Jefferson, duvidando da capacidade de uma declaração de direitos realmente restringir governos e maiorias opressoras, Levinson afirma com todas as letras: “A partir dessa experiência, Madison desenvolve a lição geral de que direitos contramajoritários seriam um exercício fútil” (LEVINSON, 2011, p. 667).

consequências na dinâmica de suas funções. Em outras palavras, ao menos na história dos EUA, a impressão que se tem é que direitos se modificam com muito mais frequência do que o sistema institucional estabelecido pela Constituição em 1789¹⁰⁷. E justamente por isso é que a organização das estruturas institucionais teria melhores condições de salvaguardar determinados princípios do que um catálogo de direitos, normalmente muito mais suscetível às transformações políticas e econômicas que acontecem na história.

Veja-se, por exemplo, como o direito de igualdade dos negros em relação aos brancos passou por várias mudanças no curso dos anos, a começar com a abolição da escravidão, passando pelo período em que ambos eram considerados iguais, mas obrigados a viver em locais separados, até chegar aos dias de hoje em que desfrutam de condições de vida mais semelhantes, muito embora ainda não seja possível falar de uma igualdade material plena entre todos eles. De modo semelhante, seria possível falar da luta das mulheres, que conquistaram o direito de voto somente em 1920, com a aprovação da 19ª emenda, e, mais recentemente, a afirmação de sua liberdade para a realização de escolhas existenciais mais amplas, relacionadas a sua autonomia reprodutiva e à interrupção de gestações indesejadas. No mesmo sentido, pode-se falar ainda dos direitos da comunidade LGBT, referentes ao casamento, à união estável e à adoção. E, finalmente, não seria exagero lembrar até mesmo a remodelação dos direitos de propriedade e das liberdades contratuais, durante o *New Deal* – um plano econômico do governo de Franklin Delano Roosevelt, ao longo da década de 1930, para o enfrentamento da crise de 1929 – , que autorizou o Estado a interferir no domínio privado de um modo que, até então, era inadmissível¹⁰⁸.

Em sentido contrário, as características institucionais mais importantes dos EUA, apesar de também terem sofrido certas mudanças, mantiveram-se essencialmente as

¹⁰⁷ É o que se extrai, igualmente, das ideias de Levinson: “Muitas das mais importantes características estruturais do governo dos EUA mantiveram-se em grande parte sem resistências e mais ou menos intactas, desde os pais fundadores” (LEVINSON, 2011, p. 719).

¹⁰⁸ No ponto, veja-se a precisa afirmação de Sanford Levinson: “Minha concepção está minimamente relacionada aos direitos formalmente protegidos pela Constituição. Mesmo que, por uma questão prática, a Suprema Corte leia a Constituição de modo menos protetivo do que eu, em matéria de certos direitos, a resposta apropriada não é rejeitar a Constituição, mas trabalhar dentro dela, tentando persuadir os cidadãos americanos a compartilharem nossas visões sobre as possibilidades constitucionais e apoiando candidatos à presidência que irão nomear (por intermédio do Senado) juízes que estarão mais abertos a melhores interpretações. (...) É sempre o caso de as cortes constitucionais estarem perpetuamente abertas a novos argumentos sobre direitos – sejam aqueles dos gays e lésbicas, ou dos donos de propriedades – que refletem a opinião pública dominante do dia” (LEVINSON, 2006, p. 5).

mesmas desde a aprovação da Constituição no século XVIII. Neste ponto, é possível mencionar, por exemplo, a estrutura bicameral do Congresso, a própria separação de poderes e a forma federativa de Estado, que, muito embora tenham experimentado variações na dinâmica de suas atuações, permaneceram com sua formação original praticamente idêntica; sem falar ainda em questões de maior detalhe como os ciclos eleitorais e os prazos de duração de mandatos de senadores e presidentes, que também nunca foram alterados (LEVINSON, 2011, p. 719-720).

Em certa perspectiva, os exemplos demonstrados acima de direitos modificados no curso da história dos EUA podem dar a impressão de que, na verdade, eles não foram extintos, mas apenas estendidos a outras pessoas e grupos, que, antes, não podiam exercê-los; e que, assim, não haveria provas de que eles poderiam ser suprimidos com mais facilidade do que as estruturas institucionais do Estado. Mas, a rigor, nem sempre é possível que determinados direitos se afirmem, sem que outros direitos com eles colidentes não sejam excluídos: o direito à igualdade dos negros, em relação aos brancos, pressupõe o fim do direito a ter escravos; o direito de liberdade das mulheres exige, muitas vezes, a extinção de certos privilégios dos homens; o direito de voz da comunidade LGBT, para fazer suas reivindicações, pode significar a perda de espaço na esfera pública de grupos religiosos hegemônicos; e a intervenção do Estado na ordem econômica e social, para garantir direitos da população mais pobre, pode representar interferências no patrimônio privado das classes mais ricas. Como diz o professor Menelick de Carvalho Netto, “se, por um lado, os direitos fundamentais promovem a inclusão social, por outro e a um só tempo, produzem exclusões fundamentais” (CARVALHO NETTO, 2021, p. 92). Em outras palavras, direitos não são realidades estáticas, que nunca se alteram no tempo, mas, ao contrário, fenômenos permanentemente abertos a novas configurações e em constantes transformações¹⁰⁹.

Madison, portanto, parecia ter razão ao descrever as declarações de direitos como meros pergaminhos, já que, como a própria história acabou demonstrando, elas são mais flexíveis e também mais sujeitas às transformações políticas e econômicas ocorridas no ambiente ao redor das constituições do que as estruturas institucionais. Referidas

¹⁰⁹ No ponto, veja-se, mais uma vez, o que Michael Rosenfeld entendia por identidade do sujeito constitucional, no capítulo 2, item 2.3, em especial a nota de n. 67, quando ele a descreve como algo sempre incompleto e aberto a novas manifestações.

estruturas, em compensação, costumam ser mais estáveis e manter suas configurações básicas, mesmo que o mundo a sua volta passe por grandes modificações¹¹⁰. E, por esse motivo, pode-se dizer que instituições têm mais condições de protegerem os princípios que inspiram a elaboração de um determinado texto constitucional.

Se, assim, foi possível dizer o que são instituições e, logo em seguida, justificar porque elas são mais eficientes do que eventuais declarações de direitos, para salvaguardarem os valores com base nos quais a vida em sociedade é organizada, a partir de agora, importa discutir como essas estruturas podem de fato possibilitar maior sobrevida às constituições. E aqui, neste ponto, é que algumas brechas podem ser apontadas na teoria de Madison.

De forma resumida, Madison sustentava duas ideias principais, que podem ser entendidas como as condições necessárias à adoção dos arranjos institucionais mais adequados à limitação do poder público e à garantia dos direitos das minorias. Por um lado, ele acreditava que as instituições deveriam ser ocupadas por pessoas e facções com interesses diversos, a fim de evitar que os poderes do Estado acabassem se concentrando nas mãos de um único grupo social (MADISON, 1788-a). Por outro, ele dizia que os agentes políticos escolhidos para o exercício de certas funções deveriam ser incentivados a agirem de acordo com as finalidades dos órgãos institucionais administrados por eles, com o objetivo de que as pressões da maioria da população não os alcançassem, nem afetassem o exercício independente de suas atividades (LEVINSON, 2010, p. 668).

Em relação ao primeiro ponto, a ideia era que quanto mais grupos detentores dos mais diversos interesses estivessem concorrendo entre si pelo poder político, mais difícil

¹¹⁰ Quem também aponta para a importância das estruturas institucionais, chamando-as de “sala de máquinas da Constituição”, é o jurista argentino Roberto Gargarella. Para ele, como se sabe, uma constituição poderia ser dividida em duas partes: a primeira seria a “orgânica”, relativa à organização das instituições do Estado e à disciplina do poder político; a segunda, a “dogmática”, integrada por disposições referentes aos direitos e às garantias constitucionais. Ao discutir uma série de exemplos de reformas constitucionais ocorridas na América Latina, que sempre fizeram referências a direitos fundamentais, sem, todavia, modificarem o núcleo do poder político do Estado, Gargarella vai afirmar: “Agindo dessa forma, reformas legais mantiveram fechadas as portas da sala de máquinas da Constituição: o núcleo de toda a maquinaria democrática não foi transformado, o motor da Constituição nunca foi um objeto de maior atenção dessas reformas, como se sua missão estivesse concluída com o trabalho na seção dos direitos; como se os principais controles pudessem ser tocados apenas pelos aliados mais próximos do poder” (GARGARELLA, 2013, p. 185-186).

seria para uma maioria unificada capturar o governo e, em seguida, tiranizar minorias¹¹¹. De modo semelhante ao que acontece com o incentivo à liberdade religiosa – graças à qual múltiplas crenças podem competir pela conversão de fiéis, sem que, todavia, nenhuma delas consiga de fato tornar-se uma maioria dominante –, Madison entendia que a única forma de evitar que os poderes do Estado fossem todos concentrados nas mãos de uma única facção era impulsionar a disputa entre uma pluralidade de interesses muitas vezes egoístas e incentivar cada um deles a lutar pela preservação e expansão de seu próprio espaço, como se, ao fim de tudo, “a ambição acabasse controlando a ambição” (MADISON, 1788-a). Em sua opinião, a competição entre diferentes facções, com ambições muitas vezes opostas, acabaria fazendo com que elas próprias se controlassem, quando desempenhassem funções relevantes e ocupassem distintos órgãos do Estado. Isso tudo geraria, por exemplo, uma suposta estabilidade nas relações entre os três poderes da República – Executivo, Legislativo e Judiciário –, bem como entre o governo federal e os estados, no âmbito da federação¹¹².

Em relação ao segundo ponto, a ideia era que determinados agentes políticos fossem incentivados a procederem em conformidade com as finalidades das instituições administradas por eles, sem que se deixassem levar pelas pressões que a maioria do povo quisesse fazer, para a satisfação de interesses mais imediatos e de curto prazo. Para que esse objetivo fosse alcançado, Madison dizia no volume 57 dos Federalistas, por exemplo, que senadores e presidentes deveriam ser escolhidos por eleição indireta, a fim de desempenharem funções que exigiriam maior sabedoria para o reconhecimento dos verdadeiros anseios do país, distinguindo-os de demandas puramente temporárias feitas no calor do momento (LEVINSON, 2011, p. 668). Ao estabelecer, assim, um jeito de manter tais atores distantes das pressões majoritárias, Madison acreditava que passaria a

¹¹¹ Conforme o próprio Madison dizia no Federalista n. 51: “A sociedade mesma estaria dividida em tantas partes, interesses e classes de cidadãos, que os direitos dos indivíduos, ou das minorias, estariam em menos perigo diante de uma combinação de interesses das maiorias” (MADISON, 1788-a).

¹¹² Nas palavras de Madison: “Nós vemos isso particularmente demonstrado em toda distribuição subordinada de poderes, em que o objetivo constante é dividir e arranjar os vários órgãos de uma tal maneira que cada um possa ser um freio sobre o outro e que o interesse privado de todo indivíduo seja uma sentinela dos direitos públicos” (MADISON, 1788-a).

existir uma compatibilidade de incentivos entre os interesses desses agentes e as finalidades que deveriam ser alcançadas pelas instituições geridas por eles¹¹³.

Em resumo, essas eram as ideias com as quais Madison tentou explicar como a organização de determinados arranjos institucionais poderia, de um lado, evitar abusos cometidos pelo Estado, mediante a distribuição de suas funções a órgãos dirigidos por diferentes facções, e, de outro, proteger direitos de minorias, ao incentivar determinados agentes a atuarem de acordo com os propósitos das instituições que eles ocupassem. A consequência final seria a garantia de maior tempo de vida à Constituição dos EUA.

Todavia, conforme o professor Daryl J. Levinson adverte, há algumas falhas na teoria de Madison. Em relação ao primeiro ponto citado – relativo à estabilidade institucional – Madison não conseguiu demonstrar como a relação entre agentes tão ambiciosos, preocupados em apenas expandir seu espaço de influência política, necessariamente chegaria a algum tipo de equilíbrio. Uma certa disputa entre poderes com funções distintas e independentes talvez até possa dificultar a primazia de um sobre o outro, mas isso não é o suficiente para impedir que um deles tenha hegemonia e acabe enfraquecendo os demais. Mais importante do que isso, porém, é o fato de que essa disputa entre facções de distintos poderes pode nem chegar a existir. Como Levinson afirma, é possível que, ao invés de competirem, eles ajam em cooperação, cedendo maior espaço de atuação ao outro, sempre que isso for necessário ou conveniente aos interesses dos próprios agentes que ocupam esses órgãos (LEVINSON, 2011, p. 670)¹¹⁴.

Durante a execução do já mencionado *New Deal*, por exemplo, é inegável o protagonismo assumido pelo Poder Executivo na realização das políticas públicas necessárias à recuperação da economia norte-americana, logo após a crise da bolsa de Nova York, em 1929. Naquela ocasião, até mesmo o Presidente passou a editar

¹¹³ Conforme Levinson complementa, citando o próprio Madison: “Insulando esses homens do Estado do calor das pressões políticas majoritárias, Madison esperava que a estrutura constitucional do governo ‘iria refinar e ampliar as impressões do público, passando-as pelo meio de seleção de um corpo de cidadãos, cuja sabedoria, patriotismo e amor pela justiça poderiam melhor discernir o verdadeiro interesse do país e torná-lo menos propício ao sacrifício por considerações temporárias e parciais” (LEVINSON, 2011, p. 668).

¹¹⁴ Segundo Levinson: “Agora, está longe de ser claro como o desenho constitucional do próprio Madison iria satisfazer essas duas condições. No que diz respeito à compatibilidade, Madison nunca explicou porque os órgãos do governo, ou os estados e a União teriam incentivos políticos confiáveis para atuarem uns contra os outros – por que eles tenderiam a competir mais do que a cooperarem ou a agirem em conluio” (LEVINSON, 2011, p. 670).

determinados atos normativos, sem grandes oposições do Legislativo, que na verdade concedeu maior espaço de atuação ao governo, diante da urgência e da velocidade com que certas decisões precisavam ser tomadas. Posteriormente, com a II guerra mundial e a influência dos EUA cada vez maior no cenário estrangeiro, não foi difícil para que o Executivo também se tornasse dominante em matéria de relações internacionais. Quanto ao federalismo, algo semelhante pode ser falado; se até antes da guerra civil norte-americana (1861-1865), durante o período em que a escravidão era permitida, os estados eram relativamente mais fortes do que o governo da União, com a industrialização e a integração da economia nacional ao longo do século XX, o governo federal passa a assumir um papel de maior destaque, sem contar com uma resistência tão contundente das demais unidades estaduais (Ibidem, p. 726).

Em relação ao segundo ponto – relativo à compatibilidade de incentivos –, Madison não conseguiu deixar claro porque um grupo de sábios indiretamente escolhidos teriam interesses que se identificariam com o verdadeiro bem comum do povo norte-americano. A bem da verdade, até mais do que isso, em nenhum momento Madison chegou a demonstrar como essa conexão entre as aspirações de quem ocupa uma determinada instituição e os valores da nação, descritos no texto constitucional, seria exatamente construída. Seja por meio de uma eleição indireta, seja por qualquer outra forma de escolha, se agentes políticos não são “anjos” (MADISON, 1788-a)¹¹⁵, eles desempenham suas funções, em grande parte das vezes, para realizarem suas próprias vontades ou, no mínimo, dos integrantes pertencentes às mesmas facções, a quem eles representam. Pressupor que, a partir de uma determinada forma de eleição ou de qualquer outro arranjo institucional, os agentes oficiais da política passariam a ter interesses que se compatibilizariam com os objetivos para os quais as instituições foram pensadas não basta para demonstrar que os detentores do poder político têm realmente incentivos para agirem de acordo com as normas constitucionais, tornando-as automaticamente aplicáveis (LEVINSON, 2011, p. 671)¹¹⁶.

¹¹⁵ A expressão é do próprio Madison e está claramente exposta no Federalista n. 51: “Se os homens fossem anjos, nenhum governo seria necessário. Se anjos governassem homens, nem controles externos ou internos sobre o governo seriam precisos. No quadro de governo em que homens são administrados por homens, a grande dificuldade reside aqui: você deve primeiramente habilitar o governo a controlar os governados; e no próximo passo obrigar o governo a controlar a si próprio” (MADISON, 1788-a).

¹¹⁶ Para Levinson: “Infelizmente, Madison não ofereceu nenhuma explicação sobre como essa conexão seria realizada. E é difícil perceber como isso *poderia* acontecer em um sistema democrático de governo,

Em síntese, portanto, a teoria de Madison não se mostrou totalmente satisfatória. O argumento de facções sempre em disputa não se provou verdadeiro durante o curso da história dos EUA, nem aquela tal compatibilidade de incentivos chegou a ser claramente demonstrada. Aqui, então, pode-se perguntar se os equívocos de Madison não acabam impedindo a aceitação de suas ideias. E a resposta, apesar de tudo, é não. Muito embora sua teoria não seja perfeita, Madison não estava errado ao dizer que a organização adequada de estruturas institucionais é mais resistente do que os próprios direitos às mudanças políticas e econômicas do ambiente em que se encontra uma dada constituição.

Ao longo da história dos EUA, o exemplo mais evidente de que direitos podem ser mais afetados do que arranjos institucionais refere-se justamente à questão da escravidão. O direito a ter escravos não estava expressamente descrito na Constituição norte-americana, mas ele foi uma condição para que ela fosse aprovada e para que os estados do sul se juntassem à união, que estava se formando logo após a independência do país em relação à coroa britânica em 1776 (WEINGAST, 2014, p. 354-358)¹¹⁷. A melhor forma, que os brancos proprietários de escravos encontraram para assegurar esse “direito”, não foi pela sua declaração expressa no texto constitucional, mas pela organização da estrutura federativa, que repartia de modo igualitário os poderes entre os estados do sul, que eram escravagistas, e os do norte, que eram antiescravagistas, impedindo-os de se sobreporem uns aos outros. Isso se garantia, sobretudo, por uma regra chamada de “equilíbrio seccional”, que exigia a igual representação dos estados no Senado, onde tanto as unidades do norte quanto do sul tinham poderes de veto sobre eventuais propostas que pudessem prejudicar seus interesses, entre eles os relacionados à escravidão. De fato, o ajuste em torno do federalismo, pelas elites que representavam seus próprios estados, garantiu que a escravidão persistisse desde a independência dos EUA até a segunda metade do século XIX. Porém, com o aumento da população nas unidades do norte e a expansão para o oeste, que acabou incluindo o estado da Califórnia como um ente federativo livre, o equilíbrio que havia no Congresso acabou se desfazendo, favorecendo as pretensões dos estados do norte interessados em abolir a escravidão

em que os representantes acumulam e exercem poder não para agigantarem suas instituições, mas para colocarem as coisas nos seus devidos lugares – particularmente, para avançarem seus próprios objetivos políticos (ou de seus eleitores)” (MADISON, 2011, p. 671 – destaque no original).

¹¹⁷ Esse argumento será retomado no próximo e último capítulo a respeito dos fatores exógenos indispensáveis à estabilidade das constituições.

(ELKINS *et al.*, 2009, p. 90). O resultado foi uma grande guerra de secessão entre os anos de 1861-1865, após a qual a 13ª emenda foi definitivamente aprovada, acabando com a escravidão no país. Apesar do desmembramento provocado na ordem constitucional norte-americana pela abolição da escravidão negra (ALBERT, 2019, p. 83-84)¹¹⁸, a estrutura federativa dos EUA se manteve e está aí, até os dias de hoje, do mesmo modo como a Constituição do país, que sobreviveu e ainda continua em vigor¹¹⁹.

Assim, se até aqui foi possível compreender o que são as instituições, ainda é preciso descobrir como elas tendem a se manter na linha do tempo, enquanto direitos podem ser no mínimo radicalmente modificados; e como elas, as estruturas institucionais, realmente contribuem para a preservação das próprias constituições, ainda que transformações ocorram no mundo a sua volta. Se as ideias de Madison apresentam algumas incoerências, isso não as impede de simbolizarem um bom ponto de partida, que será complementado a partir de agora com as propostas mais atuais feitas por Daryl J. Levinson e Paul Pierson.

3.3 Arranjos institucionais duradouros, segundo Daryl J. Levinson e Paul Pierson

Como foi discutido no tópico anterior, instituições são estruturas e processos de tomadas de decisão com relativa estabilidade, que geram resultados práticos relevantes, referentes aos direitos de diferentes pessoas e grupos sociais (LEVINSON, 2011, p. 681). Justamente porque essas estruturas institucionais realizam as políticas públicas adequadas à satisfação dos interesses que se articulam na sociedade, é que elas acabam sendo disputadas pelos mais diversos agentes políticos.

¹¹⁸ O problema do desmembramento constitucional nos EUA, por conta do fim da escravidão, já foi debatido neste trabalho, no capítulo 2, item 2.3. Aqui, apenas para relembrar as palavras de Richard Albert: “Mas a décima terceira emenda posterior é impropriamente chamada de emenda. (...) A reconstrução foi um momento transformativo na história dos Estados Unidos. Ela consolidou a vitória da União sobre os Estados Confederados e proclamou o triunfo dos estados do norte livres sobre os estados do sul escravagistas. (...) Mas a mais importante função da reconstrução foi demolir a infraestrutura de escravidão na Constituição original. A décima terceira emenda finalmente aprovada e as duas outras que a seguiram romperam juntas com os maiores pilares do pecado original americano, codificado na Constituição para todos verem. (...) Essas mudanças constitucionais são melhor entendidas como algo no espaço entre uma emenda e uma nova constituição. Eu descrevo essas mudanças que comumente chamamos de emendas de reconstrução como desmembramentos constitucionais” (ALBERT, 2019, p. 83-84).

¹¹⁹ Na síntese precisa de Levinson: “Arranjos institucionais que estabelecem poderes políticos de tomadas de decisão seriam mais confiáveis do que proibições resultantes de escolhas políticas particulares” (LEVINSON, 2011, p. 723).

De fato, ocupar e dirigir instituições significa que uma determinada agenda de governo pode ser executada, de modo que algumas pessoas certamente serão mais beneficiadas do que outras, com as medidas políticas que serão implementadas. Afinal de contas, num regime democrático em que grupos políticos rivais se revezam no poder¹²⁰, é de se esperar que os agentes escolhidos logo após as eleições supostamente colocarão em prática o programa que melhor atenda às expectativas de seus eleitores. Entender, como em meio a essas circunstâncias, instituições conseguem resistir às transformações do mundo a sua volta é uma tarefa nada simples. Na verdade, tudo fica ainda mais difícil, quando as estruturas institucionais estiverem sendo usadas de modo prejudicial aos interesses de grupos poderosos¹²¹. Descobrir como em situações assim as instituições providenciam sua própria sobrevivência, tornando-se “auto-impositivas”¹²², é uma missão bastante complexa.

Madison, como foi falado, não estava completamente equivocado; suas ideias representam um bom ponto de partida, para entender porque estruturas institucionais são

¹²⁰ Ainda que se trate de uma noção sucinta e bastante econômica, Przeworski *et al.* descrevem bem a importância das eleições competitivas para uma democracia: “Definimos a democracia como um regime no qual os cargos governamentais são preenchidos em consequência de eleições competitivas. Um regime é democrático somente se a oposição estiver autorizada a competir, vencer e tomar posse nos cargos. Na medida em que centramos nosso foco nas eleições, essa é, obviamente, uma definição minimalista. Essa definição tem duas partes: ‘cargos’ e ‘competição’. Em nenhum regime todos os cargos governamentais são preenchidos em decorrência de eleições. O que é essencial para considerar um regime como democrático é que dois tipos de cargos sejam preenchidos em eleições: o cargo de chefe do executivo e as cadeiras do corpo legislativo. A disputa ocorre quando existe uma oposição que tem alguma possibilidade de chegar ao governo em decorrência das eleições. Tomamos quase que literalmente a máxima de Przeworski segundo a qual ‘a democracia é um sistema no qual os partidos perdem eleições’: sempre que houve dúvida, classificamos como democracias apenas aqueles sistemas nos quais os partidos situacionistas realmente perderam eleições. A alternância no poder constitui uma evidência *prima facie* da disputa” (PRZEWORSKI *et al.*, 1997, p. 131).

¹²¹ De acordo com Levinson: “(...) cientistas sociais trabalhando em um número de diferentes áreas começaram a convergir em torno de um conjunto de mecanismos generalizáveis por meio dos quais certos arranjos políticos podem ser estabelecidos e se tornarem (crescentemente) impermeáveis a mudanças, mesmo quando eles desconsiderarem os interesses imediatos dos politicamente poderosos” (LEVINSON, 2011, p. 683).

¹²² No original, em inglês, a expressão é *self-enforcing processes* e ela pode ser encontrada na obra de diversos autores como Przeworski e Maravall (2003, p. 1-16), Weingast (2014, p. 343-366), Elkins *et al.* (2009, p. 65-92) Ginsburg (2011, p. 116), Levinson (2011, p. 659-746) e Pierson (2004, p. 17-53). Muito sinteticamente, ela quer dizer que, como os compromissos políticos representados pelas constituições não contam com uma força externa, capaz de exigir que todas as partes negociantes cumpram suas obrigações, a melhor maneira de assegurar suas “cláusulas” é incentivar os agentes pactuantes a obedecerem as regras a respeito das quais eles mesmos chegaram a um acordo, mediante o oferecimento de vantagens e benefícios, que tornam prejudicial a seus próprios interesses o não cumprimento do que foi acordado. A ideia é que todos os atores, envolvidos com as negociações, sintam-se melhor sob a vigência das normas em vigor, do que fora delas. O tema, obviamente, será melhor abordado, no decorrer deste tópico.

mais duradouras do que determinados direitos ou interesses realizados pela implementação de políticas públicas. Em sua opinião, quanto mais diversas facções disputassem o acesso às instituições do Estado, mais difícil seria para o poder ficar concentrado em poucas mãos. Numa democracia em que a grande parte dos grupos – se não todos – consegue lutar por um lugar no sistema político, a fim de que cada um deles venha a exercer influência no processo de tomada de decisões, faz mesmo sentido que a ocupação dos órgãos do Estado por diferentes pessoas seja um bom obstáculo ao monopólio do poder por quem quer que seja.

O equívoco de Madison, porém, estava no fato de acreditar que a ambição dessas facções por espaços políticos cada vez maiores acabaria impondo limites recíprocos entre todas elas e estabilizando as relações mantidas pelos órgãos do poder público. Como foi demonstrado no tópico anterior, as coisas não aconteceram exatamente dessa forma na história dos EUA; com a implantação do *New Deal*, a industrialização, a integração nacional da economia e o papel de destaque do país no cenário internacional, as relações entre os poderes da República norte-americana sofreram nítidas alterações e deixaram claro que, em certas circunstâncias, era mais conveniente aos interesses dos próprios atores políticos agirem em cooperação do que competirem entre si.

Vai daí que Daryl J. Levinson apresenta uma proposta diferente, dizendo quais são as razões que, em sua perspectiva, podem contribuir para uma maior sobrevivência das instituições. Se elas são estruturas e processos de tomadas de decisão cujos resultados interessam aos mais diversos grupos sociais, é bem verdade que esses grupos queiram disputar o controle delas; como, em meio a essa competição, nem sempre é possível saber de antemão quem serão os vencedores, uma nuvem de incerteza paira sobre o modo como as instituições podem de fato funcionar em um futuro não muito distante¹²³. E mesmo depois que se identificam os grupos que estarão em cada uma das estruturas institucionais do Estado, pode acontecer que os resultados que se esperam de seu trabalho não se realizem por completo, por qualquer motivo que seja: corrupção, cooptação pelas elites

¹²³ Compartilhando da mesma posição, chegando inclusive ao ponto de apontar a imprevisibilidade como uma das características básicas dos processos de retornos positivos, que serão logo abaixo explicados, Paul Pierson afirma: “Porque eventos remotos têm efeitos amplos e são parcialmente aleatórios, muitos resultados são possíveis. Nós não podemos prever à frente do tempo quais dessas possibilidades serão atingidas no fim” (PIERSON, 2004, p. 18).

ou a simples impossibilidade de se cumprirem as promessas feitas por causa dos freios e contrapesos que as demais instituições impõem entre si (LEVINSON, 2011, p. 694).

Duas palavras, portanto, podem ser utilizadas para melhor descreverem a atuação das instituições: imprevisibilidade e multiplicidade. Ao menos do ponto de vista de quem se coloca antes da escolha dos agentes que as ocuparão, não há como saber, ao certo, que tipo de políticas públicas serão implementadas por elas e, conseqüentemente, quais interesses serão predominantemente satisfeitos com o desempenho de suas funções. Até mesmo em democracias imperfeitas, grupos com propósitos distintos, e muitas vezes antagônicos, podem assumir o controle das estruturas institucionais do Estado, que, por sua vez, podem ser utilizadas para a realização dos mais diversos objetivos. Inclusive depois, quando as instituições já estão ocupadas por seus membros, subsiste a possibilidade de que resultados diferentes do imaginado sejam produzidos, ou que as conseqüências esperadas até sejam provocadas, desde que algumas concessões sejam feitas a interesses de outros grupos, sem os quais a agenda dos governantes em exercício não poderia ser implementada.

Como Levinson, então, afirma, “essa incerteza se levanta porque as estruturas de tomadas de decisão tendem a não determinar resultados completamente previstos, mas apenas a aumentar a probabilidade de alguns deles em relação a outros” (Ibidem, p. 694). Justamente em razão dessa incerteza que caracteriza o funcionamento das instituições é que até mesmo os perdedores das disputas políticas têm incentivos para se submeterem aos vários efeitos que podem ser produzidos pela adoção de uma determinada estrutura, por mais que, em um primeiro momento, isso seja prejudicial a seus próprios interesses. Já que, em outras circunstâncias, continua existindo a possibilidade de agentes derrotados assumirem o controle das instituições do Estado e, assim, exercerem maior influência sobre suas funções, não haveria grandes motivos para, desde já, eles romperem com os arranjos estabelecidos, se, lá na frente, esses mesmos arranjos também podem ser utilizados para o atendimento de seus propósitos¹²⁴.

¹²⁴ A propósito, veja-se as palavras de Levinson: “Na medida em que resultados políticos institucionalmente produzidos e suas conseqüências a serem distribuídas são incertas, desde uma perspectiva *ex ante*, instituições acabarão insuladas dos interesses contrários a elas. Claro, sob a perspectiva *ex post*, é diferente. Uma vez que as instituições são organizadas e começam a gerar resultados políticos contínuos, o véu da ignorância institucional será levantado – mas apenas parcialmente. Se decisões futuras permanecem incertas, e políticos perdedores não conseguem antever um padrão de derrotas sucessivas, então seus incentivos para resistirem à autoridade institucional serão contidos. Dada a incerteza, eles podem não ter

Paralelamente, como é muito difícil que um único grupo consiga deter o controle de todas as instituições, havendo sempre órgãos e cargos estratégicos que podem ser ocupados por representantes de interesses diversos, a negociação entre todos eles, com os consequentes benefícios e prejuízos, dentro das regras do jogo, pode ser mais vantajosa até mesmo para o grupo que possui maiores influências no governo em exercício. Basta pensar, por exemplo, que, para a implementação de sua própria agenda, o Presidente e seus aliados tenham de celebrar acordos com diferentes membros do Legislativo e fazer certas concessões a parlamentares, sem as quais os projetos que são do interesse do Executivo não podem ser aprovados. Isso pode acabar se estendendo até mesmo para outras instituições do Estado, como tribunais, órgãos de fiscalização, agências reguladoras etc., as quais estão, muitas vezes, sob influência de grupos com propósitos opostos aos dos agentes políticos ligados ao Executivo. Diante das múltiplas possibilidades que todo esse complexo institucional desenhado por uma constituição oferece aos atores envolvidos, a melhor forma de se promover os próprios interesses é, em grande parte das ocasiões, fazendo concessões, que misturam ao mesmo tempo ganhos e perdas¹²⁵. A consequência é que, ao invés dos agentes romperem com todo o sistema, eles acabam sendo incentivados a cooperarem uns com os outros.

Dentro desse contexto, ainda é possível dizer que romper com as instituições do Estado e com os valores adotados por uma constituição pode não ser uma boa ideia. A busca por caminhos alternativos para a satisfação de interesses mais imediatos nem sempre é tão fácil de se realizar; os custos de uma mudança radical podem ser muito mais elevados do que a simples aceitação, por determinados grupos, de resultados inicialmente desfavoráveis (PIERSON, 2004, p. 26)¹²⁶. Pense-se, por exemplo, em uma eleição, cuja

razão para esperar que uma substituição qualquer dos arranjos institucionais melhor serviria a seus interesses” (LEVINSON, 2011, p. 694-695).

¹²⁵ De acordo com Levinson, novamente: “A outra característica-chave das estruturas institucionais é a multiplicidade dos resultados políticos que cada instituição (ou um complexo de instituições) irá gerar. As vantagens de se coordenar uma coleção de múltiplas (prováveis) decisões políticas em um mesmo processo institucional de tomada de decisões são óbvias. (...) Os benefícios coordenados de tal estrutura institucional decisória serão algumas das várias vantagens organizadas de solução de qualquer desacordo particular. Mais do que isso, agrupando resultados políticos múltiplos de forma efetiva em um mesmo pacote, instituições facilitam o compromisso ou a troca de favores implícitos. Perdedores em qualquer disputa política particular estarão investidos em tomadas de decisões institucionais que certamente os providenciarão com vitórias em outras questões que eles valorizam mais” (LEVINSON, 2011, p. 695).

¹²⁶ Conforme Pierson ensina: “Nos contextos de complexa interdependência social, novas instituições frequentemente acarretam altos custos iniciais e provocam consideráveis consequências relativas à aprendizagem, coordenação e adaptação de expectativas. Já instituições estabelecidas produzirão

apuração dos votos é questionada pelos candidatos derrotados; se a chegada ao poder do grupo rival representar o fim de certos privilégios pelo grupo perdedor, o recurso a um golpe ou a uma guerra civil pode ser uma alternativa com consequências muito piores. Isso porque pode ser mais vantajoso às facções derrotadas se sujeitarem ao resultado que lhes é desfavorável, preservando suas chances de conquistarem o poder pelas vias normais no futuro, ao invés de se rebelarem contra a ordem em vigor e arriscarem a perder o apoio que até aquele momento possuíam (LEVINSON, 2011, p. 684)¹²⁷. Nunca é demais lembrar, neste ponto, que, como dizem Adam Przeworski e Jose Maria Maravall, as pessoas obedecem às leis não por um dever moral, mas porque convém aos seus próprios interesses às obedecerem; do mesmo modo, os agentes oficiais da política respeitam as constituições, porque são incentivados a isso, ou seja, para não colocarem seu futuro em risco (PRZEWORSKI; MARAVALL, 2003, p. 6).

De forma ainda mais clara, Weingast também afirma que, de um modo geral, instituições são apoiadas por atores políticos que têm motivos para honrá-las (WEINGAST, 2003, p. 110). Constituições de regimes democráticos só conseguem sobreviver se as pessoas e os grupos que convivem na sociedade tiverem incentivos para respeitarem os direitos fundamentais, o resultado de eleições e se elas se absterem do uso da força para solucionar os conflitos que obviamente não de surgir em seu cotidiano¹²⁸. A primeira forma de se promover esses incentivos é justamente pela atuação imprevisível das instituições, que, por isso, são vistas com mais imparcialidade pelos atores que competem entre si no espaço político¹²⁹; a segunda, pela possibilidade que

tipicamente incentivos poderosos que reforçarão sua própria estabilidade e desenvolvimentos futuros” (PIERSON, 2004, p. 26).

¹²⁷ Como Levinson afirma: “Elites que detêm o poder podem resistir em um primeiro momento à imposição de uma democracia ampla, vendo maiores ganhos em um sistema aristocrático de seleção de líderes. Mas uma vez que a democracia seja implementada, por qualquer razão que seja, as elites podem se dispor a honrar resultados que se afastam significativamente de suas opções prioritárias, se a alternativa for uma revolução ou uma guerra civil” (LEVINSON, 2011, p. 684).

¹²⁸ No mesmo sentido, veja-se a precisa afirmação de Tom Ginsburg: “Constituições, portanto, devem ser autoimpositivas, o que significa que é do interesse de todas as facções poderosas apoiarem as disposições constitucionais. Uma constituição será duradoura, contanto que os partidos acreditem que eles estão melhores sob as barganhas realizadas do que arriscando novas negociações constitucionais. Uma constituição bem desenhada torna-se um equilíbrio, e, portanto, ninguém com poder de violá-la terá interesse de assim agir” (GINSBURG, 2011, p. 116).

¹²⁹ No ponto, cf. a fala de Levinson: “É uma observação comum sobre desenhos institucionais – e constitucionais – que atores têm uma visão menos autointeressada e mais imparcial de estruturas políticas de tomadas de decisão, cuja estabilidade é esperada por períodos relativamente longos, simplesmente

essas mesmas instituições possuem, para realizarem vários tipos de políticas públicas, com múltiplos resultados diferentes. A soma disso tudo com os custos que mudanças mais radicais podem exigir acaba fazendo com que seja mais vantajoso aos interesses que se articulam na sociedade viverem sob os arranjos institucionais existentes do que buscarem outras alternativas muito mais difíceis de serem implementadas.

Finalmente, a consequência de todas essas considerações pode ser bem compreendida pelas ideias de Paul Pierson sobre o que ele particularmente chama de “dependência da trajetória” e “retornos crescentes” (PIERSON, 2004, p. 17-53). Em sua perspectiva, quanto mais as regras do jogo mostrarem a todos os *players* as vantagens de se respeitá-las, mais difíceis de serem alteradas elas se tornam com a passagem do tempo. Conforme os atores políticos vão percebendo que jogar dentro do quadro institucional existente traz mais benefícios do que tentar se rebelar contra ele, mais esse mesmo complexo de instituições se fortalece¹³⁰.

Na medida em que os agentes da política se conscientizam que, diante da imprevisibilidade e da possibilidade dos múltiplos resultados que podem ser atingidos com a atuação das instituições, seus interesses de longo-prazo podem ser satisfeitos – por mais que, em um primeiro momento, eles não estejam sendo plenamente atendidos –, a mudança da trajetória, que até ali vem sendo seguida, pode mostrar-se muito mais prejudicial a seus propósitos, uma vez que novos desenhos institucionais teriam de ser construídos, sem que os efeitos a se produzirem fossem totalmente seguros, no sentido de que trariam maiores benefícios do que aqueles que os arranjos atuais já trazem. Por um lado, as vantagens que, queira ou não, são obtidas pelos agentes que atuam em um determinado quadro institucional os incentivam a permanecerem sob as mesmas regras já em vigor, reforçando a autoridade delas; por outro lado, os custos exigidos para a

porque eles não conseguem prever como essas instituições afetarão seus próprios interesses” (LEVINSON, 2011, p. 694).

¹³⁰ Como o próprio Pierson afirma: “Na presença de um retorno positivo, a probabilidade de outros passos seguintes ao longo da mesma trajetória aumenta com cada movimento que é dado naquela mesma direção. Isso porque os relativos benefícios da atividade em curso, comparados com possíveis opções de outrora, crescem durante o tempo. Para dizer de modo diferente, os custos de se trocar para alguma alternativa que era anteriormente plausível se elevam” (PIERSON, 2004, p. 21).

imposição de mudanças também acabam incentivando aqueles mesmos agentes a continuarem atuando dentro da mesma realidade, tornando-a cada vez mais sólida¹³¹.

Esses gestos com os quais os atores políticos sinalizam positivamente ao sistema são definidos por Paul Pierson como processos de autorreforço, que se tornam ao longo do tempo quase que automaticamente aplicáveis, na medida em que se alimentam dos retornos positivos que os mais diversos agentes conferem ao seu desenvolvimento. Sempre que um determinado grupo, por exemplo, sinaliza que, apesar de ter perdido as eleições, ele continuará a respeitar as regras do jogo, o sistema se fortalece; quando, em um segundo momento, aquele mesmo grupo obtém a vitória, e os demais também aceitam o resultado das eleições, o *feedback* positivo que é igualmente dado por esses últimos grupos fortalece ainda mais o mesmo sistema. Quando, enfim, muitos desses grupos conseguem perceber que é possível extrair benefícios dos desenhos institucionais existentes, sinalizando que aderem às normas em vigor, fala-se que os retornos positivos são crescentes, pois eles reforçam cada vez mais a estabilidade das instituições¹³². Vai daí, inclusive, a persistência da autonomia de tribunais constitucionais, agências reguladoras, órgãos de fiscalização como o Ministério Público, do livre exercício da atividade paramentar e até mesmo da imprensa. Como a independência dessas instituições pode beneficiar e, ao mesmo tempo, prejudicar os interesses de grupos não apenas diversos, como também antagônicos, não surpreende o fato de que a maior parte deles, no mínimo, tolere a livre atuação dessas organizações em regimes democráticos.

¹³¹ No mesmo sentido, ao destacar, inclusive, o papel que a inércia desempenha para a manutenção do *status quo* e ao citar especificamente o caso dos protestos populares de junho de 2013 no Brasil, apontando justificativas de por que mudanças profundas do sistema não foram provocadas, Juliano Zaiden Benvindo afirma: “Certamente, outras causas mais prosaicas desempenharam um papel especial aqui, tal como a ausência de interesse de um número substancial de congressistas de se mobilizarem por uma mudança que afetaria suas zonas de conforto, o simples efeito psicológico de deixar as coisas como estão ou o efeito inercial, que, após 25 anos de constitucionalismo democrático, tornou as instituições mais vacinadas contra ações súbitas praticadas em detrimento de normas constitucionais que as disciplinam, assim como o povo. Mudanças, portanto, devem ser feitas de acordo com as regras do jogo e não transformando-as, elas próprias, em um jogo” (BENVINDO, 2015, p. 403).

¹³² Conforme Pierson explica: “O ponto central da dependência da trajetória é que aquelas escolhas prévias são relevantes para o curso atual de ações. Nos casos de retornos crescentes, adaptações sociais representam investimentos que produzem benefícios contínuos. Atores devem ter poderosos incentivos para aderirem às opções atuais porque eles desfrutam de um fluxo contínuo de benefícios dos investimentos que já foram feitos naquelas opções. Novos investimentos massivos serão requeridos antes que alguma alternativa superior em tese gere os mesmos benefícios ou outros ainda maiores” (PIERSON, 2004, p. 53).

Nesse sentido, a ideia de dependência da trajetória diz que cada passo dado em uma certa direção induz os próximos passos a continuarem na mesma direção. A não ser que se mostre mais vantajoso fazer uma troca de rumos, optar por um novo sentido, quando já se percorreu um longo caminho, não parece uma alternativa segura. Por isso mesmo, “rigidez constitucional” não é uma palavra mágica de manuais capaz de conter o impulso por transformações, mas algo que se constrói aos poucos, ao longo do tempo, conforme uma sucessão de eventos que vão se repetindo no curso da história.

Essas são as explicações fornecidas pelos professores Paul Pierson e Daryl J. Levinson para a maior longevidade das constituições. Declarações de direitos não são respeitadas só porque elas são feitas por textos constitucionais; apesar dos valores que elas veiculam, elas não passarão de preceitos despidos da menor força vinculante, sem um arranjo institucional adequado. Instituições, por sua vez, tendem a durar mais tempo, por causa dos incentivos que elas oferecem a grupos até mesmo rivais, podendo promover diferentes tipos de benefícios. Uma vez estabelecidas e reforçadas pela passagem do tempo, elas se solidificam, dificultando a adoção de arranjos alternativos. Como os custos da construção de novas organizações acabam se mostrando muito maiores do que as vantagens existentes, os desenhos institucionais feitos por uma dada constituição se fortalecem, mantendo-se na história, apesar das transformações que venham a ocorrer no mundo ao seu redor. Com a manutenção de tais estruturas institucionais, os valores que informam sua concepção igualmente acabam sobrevivendo. A limitação de poderes que é possibilitada e os direitos que, por consequência, podem ser exercidos, tudo isso também cria uma tendência cada vez maior à permanência. Enfim, não só os arranjos estabelecidos conseguem se manter, mas os princípios que eles asseguram e que estão acolhidos pelo texto constitucional é que, do mesmo modo, acabam se fortalecendo e resistindo às ameaças provenientes do ambiente a sua volta.

Com essas considerações, pode-se passar ao próximo tópico, cujo objetivo é demonstrar como certos desenhos institucionais poderiam auxiliar as constituições da Hungria e da Venezuela a terem sobrevivido sob os governos de Viktor Orban e Hugo Chavez. Por mais que no Brasil as coisas sejam bem diferentes, já que a Constituição de 1988 não chegou a ser substituída por um novo texto constitucional, algumas breves observações sobre seu caso também serão feitas, até mesmo para demonstrar como os arranjos institucionais existentes impediram que a erosão em curso de sua democracia fosse ainda mais longe.

3.4 Aplicações práticas de desenhos institucionais em defesa das constituições

Como foi discutido no capítulo 2, os fantasmas que rondam as democracias do século XXI nem sempre são os mesmos, que, até o fim da guerra fria, costumavam ameaçá-las. Antigamente, era mais comum que golpes militares fossem dados em plena luz do dia, removendo-se líderes democraticamente eleitos pelo povo, para, logo depois, uma ditadura ser implantada.

Não que algumas dessas ditaduras também não se consolidassem aos poucos, por meio de processos menos súbitos, como o próprio exemplo da chegada de Hitler ao poder na Alemanha demonstra¹³³. A verdade é que, de um modo ou de outro, ataques mais nítidos ao regime democrático de determinados países – a exemplo do que aconteceu no Chile, em 1973, com o golpe efetuado pelo general Augusto Pinochet – aconteciam com mais frequência do que hoje em dia. Na atualidade, ao contrário do que normalmente ocorria, líderes com tendências autocratas conquistam o poder muitas vezes pelo voto popular e trabalham de acordo com as regras do jogo, para, mais lenta e discretamente, destruírem a democracia por dentro.

Entre tantos países que se encaixam nessa realidade, alguns deles foram discutidos com um pouco mais de atenção neste trabalho: de um lado, a Hungria e a Venezuela¹³⁴; e de outro, o próprio Brasil¹³⁵, cada um deles com suas particularidades. A partir de agora, a ideia é discutir como que eventuais arranjos institucionais poderiam contribuir para a defesa das constituições desses países, impedindo ou pelo menos dificultando o avanço do processo de erosão que experimentaram e ainda estão vivenciando.

Em relação à Hungria, viu-se que os principais ataques ao regime democrático foram, num primeiro momento, desferidos pelo governo de Viktor Orban por meio da aprovação de emendas ao texto constitucional, que ainda estava em vigor no ano de 2010, quando o *Fidesz* chegou ao poder. Como foi mencionado, o *Fidesz* tornou-se a facção dominante do país logo após as eleições, em razão de um conjunto de regras eleitorais que já existiam e que haviam sido pensadas para facilitarem a formação de governos mais

¹³³ No ponto, cf. o item 2.2, do capítulo 2.

¹³⁴ Cf. o item 2.4, do capítulo 2.

¹³⁵ Veja-se o item 2.5, do capítulo 2.

coesos, que não tivessem tantas dificuldades para aprovarem seus projetos em um Parlamento dividido por várias siglas partidárias. Apesar do partido de Orban ter obtido 53% dos votos, justamente por causa do modo como funcionava o sistema eleitoral do país, ele acabou ocupando na prática 68% dos assentos disponíveis no Parlamento húngaro¹³⁶.

Em meio a essa situação, o órgão que mais representava “perigo” aos programas do *Fidesz* era o tribunal constitucional, que, já no ano de 2010, começou a ser atacado pelas emendas constitucionais que a maioria do governo de Orban conseguia aprovar no Parlamento. Inicialmente, foram as competências que a corte detinha para o julgamento de certas causas, como as ligadas às questões orçamentárias, que foram subtraídas; depois, com a aprovação de uma nova constituição, que entrou em vigor no ano de 2012, foi sua própria composição que foi profundamente alterada, dada a possibilidade que o partido de Orban passou a ter de aumentar o número de juízes do tribunal e de nomear aqueles que estivessem mais alinhados ao seu próprio programa (LANDAU, 2013, p. 209).

Na Venezuela de Hugo Chaves, o processo foi um pouco diferente. Ao contrário do que aconteceu na Hungria, em que Viktor Orban contava com uma maioria no Parlamento a seu favor¹³⁷, Chavez não pôde desfrutar da mesma facilidade, já que a maior oposição ao seu governo vinha de outras facções que ocupavam o Legislativo. Sua alternativa foi se utilizar do povo como uma fonte simbólica de apoio, para conseguir convocar uma assembleia constituinte e aprovar uma nova constituição em 1999, que conferiu a ele a possibilidade de nomear novas autoridades para órgãos-chave do Estado, como o próprio tribunal constitucional, e, por meio de uma composição posterior mais favorável no Parlamento¹³⁸, aprovar outras emendas que lhe garantiram o direito de concorrer a sucessivas reeleições presidenciais, sem nenhum limite (Ibidem, p. 203-207).

¹³⁶ Como Tom Ginsburg e Aziz Huq afirmam: “Embora o *Fidesz* tenha ganhado apenas 53% dos votos, ele assegurou 68% dos assentos legislativos disponíveis, graças a um sistema eleitoral desenhado para prevenir a fragmentação legislativa e governos divididos. Das 386 cadeiras parlamentares, o *Fidesz* ocupou 263, enquanto os Socialistas ficaram com apenas 56” (GINSBURG; HUQ, 2018, p. 68-69).

¹³⁷ Obviamente, é preciso levar em conta que o sistema de governo de ambos os países é diferente: na Hungria, vige o parlamentarismo; na Venezuela, o presidencialismo.

¹³⁸ Relembrando com Ginsburg e Huq: “Sem uma maioria legislativa, Chavez convocou com sucesso um referendo sobre uma nova assembleia constituinte, na qual seus aliados conquistaram uma ampla maioria. A assembleia fechou o Congresso, removeu juízes e apontou novas autoridades. A nova constituição

No Brasil, o processo foi ainda mais diferente. A Constituição de 1988, apesar de desmembrada pela emenda n. 95/16, como diria Richard Albert (2019, p. 63-64), ainda continua em vigor. O Presidente Jair Bolsonaro, com seu discurso autoritário, tentou atacar minorias, como indígenas, e passar algumas de suas propostas por meios inadequados, como medidas provisórias e decretos, sem, todavia, ter sucesso em todos os casos, em razão justamente dos obstáculos que, de um jeito ou de outro, acabou encontrando tanto no Congresso Nacional, quanto no STF. Sua melhor alternativa foi capturar outros órgãos, que, pelas atribuições constitucionais que possuem, deveriam fiscalizá-lo, mas acabaram sendo instrumentalizados para blindá-lo, como a Procuradoria-Geral da República (PGR) (MEYER, 2021, p. 210-215).

Muito embora as coisas não tenham acontecido do mesmo modo nesses três países, há algumas semelhanças na forma de agir de Jair Bolsonaro, Hugo Chavez e Viktor Orban. A visão alimentada por eles é que grupos opositores são inimigos políticos, que devem ser eliminados, sob pena de os programas do governo não serem implementados. Apesar de necessários ao bom funcionamento do regime democrático, como, aliás, ficou demonstrado no tópico anterior, diálogos com atores diversos não são a prioridade. Instituições com atuação mais imprevisível e capazes de realizar múltiplos objetivos não são vistas como um incentivo a negociações, mas como obstáculos a serem suprimidos. Ainda que um ou outro tenha menos inteligência política para superar desafios, não se pode negar que todos os três são muito parecidos na tentativa de captura dos órgãos do Estado, para a satisfação de seus próprios interesses ou das facções que representam. Obviamente, há entre eles quem tenha menos sucesso na realização dessa tarefa, seja pela falta de habilidade, seja pelas próprias circunstâncias políticas do momento.

À semelhança do Brasil de Bolsonaro, na Hungria, o tribunal constitucional era um adversário que precisava ser “empacotado”¹³⁹, a fim de que Orban pudesse realizar

eliminou o Senado, acabou com recursos públicos para partidos políticos e impulsionou os poderes do presidente” (GINSBURG; HUQ, 2018, p. 45).

¹³⁹ Essa é uma expressão já bastante comum que o próprio David Landau, por exemplo, utiliza, ao descrever o modo como o *Fidesz* conseguiu alterar a composição da Corte, inicialmente desfavorável, aumentando o número de juizes de 11 para 15, até que ela se tornasse um obstáculo menos forte ao governo de Orban (LANDAU, 2013, p. 230).

sua agenda sem maiores oposições¹⁴⁰; na Venezuela de Chavez, seu maior inimigo era o Parlamento, onde as forças mais antagônicas ao seu governo se encontravam. No Brasil, certamente, o STF é uma das maiores pedras no caminho de Bolsonaro, mas nem sempre o Congresso Nacional também se mostrou favorável ao governo do ex-capitão¹⁴¹, por mais que, até hoje, nenhum dos pedidos de *impeachment* contra o Presidente tenha avançado na Câmara.

Em compensação, na Hungria, a maior fonte de apoio a Orban foi o próprio Parlamento; na Venezuela de Chavez, o povo – ainda que tratado como uma figura meramente retórica, típica de governos populistas; no Brasil, sobrou a Bolsonaro outros órgãos da burocracia, como a PGR.

Quais desenhos institucionais, então, poderiam ser mencionados, para a melhor defesa dos valores básicos do constitucionalismo nesses países?

Primeiramente, é preciso dizer que, a essa hora, já parece bastante evidente que a simples presença de um tribunal constitucional, com competência para controlar os atos praticados pelos dois outros poderes e, sobretudo, do Executivo, nem sempre basta para proteger princípios constitucionais, como a tal doutrina da efetividade ingenuamente chegou a acreditar no Brasil. É certo que, na Colômbia, cuja Constituição sequer faz a previsão de cláusulas pétreas, a Corte Constitucional desenvolveu a chamada doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais, que produziu bons frutos naquele país.

Como diz o professor Yaniv Roznai, da Universidade de Reichman em Israel, em 2005 o Tribunal colombiano invalidou uma emenda constitucional aprovada pelo Congresso, que tinha como objetivo conferir a um corpo de agentes não eleitos pelo povo, pertencentes ao chamado Conselho de Estado – o maior tribunal administrativo do país – , poderes temporários de legislar, sem nenhum controle de constitucionalidade que

¹⁴⁰ Como Ginsburg e Huq afirmam, para que líderes com tendências autocratas consigam passar suas emendas com mais facilidade e, assim, mexer nos valores constitucionais, é imprescindível o controle do Judiciário (GINSBURG; HUQ, 2018, p. 174). Isso, certamente, explica porque Bolsonaro, no Brasil, inflama a população contra os ministros do STF, que, até aqui, têm barrado alguns de seus projetos, cujo conteúdo é de constitucionalidade duvidosa.

¹⁴¹ Apenas para lembrar alguns exemplos, além da proposta de emenda do voto impresso, o decreto 9785, que ampliava o acesso a armas de fogo no Brasil – uma das principais propagandas da campanha de Bolsonaro – também foi derrubado no Congresso, assim como as duas medidas provisórias, que tentavam transferir da Funai, ligada ao Ministério da Justiça, para o Ministério da Agricultura, a competência para a demarcação de terras indígenas.

pudesse ser feito posteriormente pelo poder judiciário (ROZNAI, 2017, p. 66). A Corte entendeu que uma emenda como aquela violaria o princípio da separação de poderes e, na prática, equivaleria à criação de uma nova constituição. Posteriormente, em 2010, o Tribunal mais uma vez teria de invalidar uma lei que pretendia convocar um referendo, cuja finalidade era permitir a aprovação de uma emenda que autorizaria o então Presidente Álvaro Uribe a concorrer a um terceiro mandato como presidente. Na visão da Corte, o Presidente colombiano passaria a contar com uma possibilidade ainda maior de nomear vários agentes de sua confiança para o exercício de funções-chave, o que poderia afetar a fiscalização do Executivo que os demais órgãos deveriam realizar e acabar violando princípios básicos da democracia e da ordem constitucional como um todo (Ibidem, p. 67)¹⁴².

Em um país como a Hungria, todavia, cujo Tribunal Constitucional simplesmente foi empacotado pelo governo majoritário de Orban, o controle de constitucionalidade das leis e emendas aprovadas pelo Parlamento não seria forte o bastante para impedir retrocessos na democracia do país. Uma boa alternativa, como dizem Ginsburg e Huq, seria se a Hungria tivesse adotado um desenho semelhante ao que existe em alguns países escandinavos, onde a proposta de uma emenda constitucional pode ser feita por um determinado grupo de parlamentares, mas sua aprovação apenas por um outro conjunto de legisladores, que seriam escolhidos pelo povo só nas próximas eleições (GINSBURG; HUQ, 2018, p. 174-175). A finalidade de um arranjo institucional como esse é fazer com que certas propostas, que podem afetar profundamente os valores constitucionais, sejam amadurecidas com o tempo e mostrem habilidade para se sustentar ao longo dos anos, permitindo que a própria sociedade, com todas as suas contradições, também tenha mais oportunidade para perceber quais serão as exatas consequências que tais emendas podem provocar, caso sejam aprovadas¹⁴³.

¹⁴² Em sentido semelhante, a Suprema Corte da Índia, em 1973, no caso *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*, desenvolveu por maioria de votos a conhecida teoria da “doutrina da estrutura básica” da Constituição indiana, que também não possui um rol de cláusulas pétreas, tal como a colombiana. No referido caso, a Corte entendeu que as emendas 24 – que autorizava o Parlamento no exercício de seu poder constituinte a emendar qualquer dispositivo constitucional, inclusive aqueles relacionados aos direitos fundamentais – e 25 – que afetava o direito de propriedade –, aprovadas em 1971, violavam a estrutura básica da constituição indiana e alteravam sua identidade, o que não poderia estar incluído no alcance do poder do Parlamento indiano de aprovar emendas (ROZNAI, 2017, p. 44).

¹⁴³ Nas próprias palavras de Ginsburg e Huq: “Uma opção por um desenho institucional especialmente promissor, utilizado em alguns países escandinavos, é estender o processo de emenda ao longo do tempo. (...) Uma maioria legislativa propõe uma emenda, que então deve ser reconsiderada depois de uma nova

Na Hungria, por exemplo, as emendas que, num primeiro momento, diminuíram as competências da Corte Constitucional, e foram propostas pelos parlamentares que haviam acabado de ser eleitos, só poderiam ser aprovadas somente alguns anos depois, quando novas eleições já teriam ocorrido no país; e a nova Constituição húngara, que entrou em vigor em 2012, com muito mais razão, só poderia ser definitivamente aprovada por um outro corpo de parlamentares, que também seriam escolhidos pelo povo nas próximas eleições e concordassem com seu conteúdo. Não que, com esse procedimento, as emendas e a propostas de um novo texto constitucional fossem impedidas; mas é inegável que as dificuldades seriam muito maiores.

Em relação à Venezuela, um arranjo institucional parecido com esse já impediria muitos dos retrocessos que se viram ali; talvez o referendo convocado por Chavez, para a formação de uma assembleia constituinte, não teria tido os mesmos efeitos que teve, se, somente depois de novas eleições, a questão sobre uma nova constituição fosse definitivamente decidida. Igualmente, a possibilidade de sucessivas reeleições, sem nenhum limite, talvez também pudesse contar com mais dificuldades, caso houvesse um tempo maior entre a proposta e a aprovação das emendas respectivas.

Mas, como se viu, a situação da Venezuela era diferente da da Hungria. Ali, o principal obstáculo enfrentado por Chavez não era exatamente o tribunal, senão o próprio Legislativo, que, no início, estava ocupado em sua maioria por grupos de oposição. Como, além de populista, o governo de Chavez mantinha a histórica tradição latino-americana de presidentes que contam com muitos poderes em suas mãos, uma boa alternativa seria pensar em um arranjo que desfizesse a possibilidade de que, em um único cargo, ou melhor, em uma única pessoa, residisse boa parte das atribuições e benefícios oferecidos pelo sistema político. Não que o parlamentarismo seja sempre uma melhor opção do que o presidencialismo, mas na medida em que o primeiro sistema dificulta a atração de todas as atenções do povo em um só indivíduo, distribuindo-a entre toda a coalizão partidária e

eleição. Assim, a nova maioria (ou uma maioria de dois-terços como na Finlândia) deve aprovar a mesma emenda novamente. Isso pode ser seguido por um referendo (como, por exemplo, na Dinamarca). Em síntese, aprovar uma emenda constitucional exige não apenas uma maioria específica, mas a habilidade de se sustentar aquela maioria durante o tempo, por meio de eleições intermediárias, que podem mudar a composição dos corpos legislativos e permitir que o povo indiretamente se manifeste sobre a emenda” (GINSBURG; HUQ, 2018, p. 174-175).

a equipe de governo¹⁴⁴, ficaria mais complicado para Chavez cortar aquela intermediação que a institucionalidade deve fazer entre o governo e o povo, sem que ele conseguisse, por consequência, manter a imagem de um líder que se apresenta como o pai de toda a nação. De acordo com Tom Ginsburg e Aziz Huq, “se a ameaça à democracia vem de um populista carismático, um sistema parlamentar é melhor; se a ameaça vem de uma degradação partidária, o presidencialismo pode ser uma opção preferível” (GINSBURG; HUQ, 2018, p. 184)¹⁴⁵.

Finalmente, em relação ao Brasil, vale a pena dizer, em primeiro lugar – como já foi falado no caso da Hungria –, que se a emenda n. 95/2016 tivesse de ser rediscutida por novos membros do legislativo, escolhidos em uma próxima eleição, para só depois poder ser aprovada, as dificuldades pelo caminho talvez fossem um pouco maiores, impedindo, quem sabe, uma segunda aprovação. Além disso, como também foi falado no capítulo 2, mais especificamente no item 2.3, que trata do tema do desmembramento constitucional, uma outra boa alternativa seria se houvesse no Brasil diferentes tipos de procedimentos, para aprovação de emendas, que exigissem quóruns distintos de parlamentares para deliberação, a convocação do povo por meio de referendos e plebiscitos ou até mesmo a participação dos Estados, por suas assembleias legislativas, a depender da matéria que estivesse sendo debatida, como já acontece em outros países como o Canadá, que tem cinco processos diversos de emendas constitucionais.

Quanto ao governo de Jair Bolsonaro, algumas outras observações podem ser feitas. Por um lado, as dificuldades encontradas por ele no Congresso, para a aprovação

¹⁴⁴ Como Ginsburg e Huq novamente afirmam: “Porque sistemas parlamentaristas permitem uma maior distribuição de benefícios políticos, tem sido sugerido, que eles geram um risco menor de instabilidades sistêmicas. Consistente com esse argumento, um recente estudo demonstrou que democracias presidenciais são dez vezes mais suscetíveis do que outras democracias a sofrerem colapsos autoritários por intermédio de golpes de líderes em exercício” (GINSBURG; HUQ, 2018, p. 179).

¹⁴⁵ Em relação ao contexto específico da América Latina, cf. as palavras de Roberto Gargarella: “Na tentativa de entender as causas estruturais do fenômeno autoritário, muitos acadêmicos latino-americanos começaram a focar sua atenção no padrão de instabilidade política que caracterizou a vida pública da região durante todo o século passado. Uma de suas conclusões foi que constituições não eram completamente independentes da ocorrência constante de instabilidades. Em particular, muitos deles concordavam sobre (o que eles chamavam de) as características hiperpresidencialistas das constituições, que conduziam a instabilidades. Consequentemente, eles sugeriam que a eliminação do hiperpresidencialismo poderia reduzir os níveis de instabilidade e, portanto, os riscos de retorno ao autoritarismo. (...) Era a primeira vez, após longas décadas, que figuras públicas reconheciam (como alguns acadêmicos de direito antigos já haviam feito anteriormente) que, para garantir certos direitos básicos (hoje em dia, direitos humanos), era necessário primeiramente modificar a estrutura de poder em um determinado sentido (agora, limitando os poderes do Executivo)” (GARGARELLA, 2013, p. 150).

de seus projetos, não foram poucas (BENVINDO, 2019)¹⁴⁶; por outro, os obstáculos enfrentados com a atuação do STF foram ainda maiores (MEYER, 2021, p. 219-224)¹⁴⁷. No âmbito da federação, se não fosse a atuação dos governos estaduais, ainda mais vidas poderiam ter sido perdidas durante a pandemia da Covid-19 (Ibidem, p. 217-219)¹⁴⁸. Com base nessas razões, pode-se dizer que os arranjos institucionais mais básicos da Constituição de 1988 já conseguiram deter muitos dos retrocessos que a gestão de Bolsonaro poderia provocar.

O maior êxito de Bolsonaro, contudo, foi cooptar outros órgãos da burocracia estatal. A PGR, certamente, com a escolha de Augusto Aras para chefiar o Ministério Público da União¹⁴⁹, foi o exemplo mais evidente de captura durante o governo de Jair Bolsonaro e, talvez, de toda a história política brasileira, desde a Constituição de 1988¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Conforme Juliano Zaiden Benvindo explica: “Ao atacar o Sistema político, chamando-o de corrupto, ele comprometeu muitas das pontes potenciais que poderia ter construído com outros partidos mais à direita e abriu a caixa de Pandora que tem afligido seu próprio partido. Desde sua campanha, o Presidente Bolsonaro adotou a estratégia de confronto contra o que ele chamava de ‘velha política’, associando-a à corrupção e clientelismo, nomeando ministros apartidários para seu gabinete. Seu comportamento beligerante, todavia, desencadeou uma oposição no Congresso e algumas de suas agendas tiveram dificuldades de obtenção de aprovação no Parlamento” (BENVINDO, 2019).

¹⁴⁷ No ponto, como Emílio Meyer demonstra, basta citar a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) n. 6121, relativa à extinção dos Conselhos Populares, a ADI n. 6172, referente à medida provisória que pretendia dificultar a demarcação de terras indígenas, pela transferência das competências para determiná-la ao Ministério da Agricultura, a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) relativa à adoção das medidas necessárias à proteção da população indígena durante a pandemia da Covid-19 e a ADPF 635 referente à proibição de operações policiais nas comunidades carentes do Rio de Janeiro, no mesmo período da pandemia, a não ser em situações absolutamente excepcionais (MEYER, 2021, p. 219-224).

¹⁴⁸ Conforme, mais uma vez, Emílio Meyer: “Conflitos relativos à federação chegaram no Supremo Tribunal Federal, a fim de que fossem julgados. Para além de sua jurisprudência restritiva, a Corte, mais de uma vez, determinou ao governo federal que não criasse obstáculos à performance mais protetiva adotada por governadores e prefeitos” (MEYER, 2021, p. 218).

¹⁴⁹ No item 2.5, do capítulo 2, que discute o processo de erosão da democracia constitucional brasileira, cf. a nota de n. 91.

¹⁵⁰ Em reportagem veiculada pelo *El Pais*, por exemplo, o jornalista Afonso Benites, citando uma representação que Senadores apresentaram ao Conselho Superior do Ministério Público contra Augusto Aras, escreveu que: “O comportamento desidioso do procurador-geral da República fica evidente não só pelas suas omissões diante das arbitrariedades e crimes do presidente da República, mas também pelas suas ações que contribuíram para o enfraquecimento do regime democrático e do sistema eleitoral e para o agravamento dos impactos da covid-19 no Brasil, além de ter atentado direta e indiretamente contra os esforços de combate à corrupção no país” (BENITES, 2021). Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2021-08-19/escudo-de-bolsonaro-augusto-aras-enfrenta-cada-vez-mais-oposicao-para-ser-reconduzido-a-pgr.html>>. Acesso em: 2 abr 2022.

A grande questão, portanto, que se coloca é se, além da já tradicional separação de poderes e do próprio federalismo, que evitaram retrocessos ainda maiores, haveria alguma outra forma de impedir a captura dos demais órgãos estatais, que também desempenham funções importantes dentro da ordem constitucional brasileira.

De um lado, a adoção de processos diversos de nomeação do PGR, que dificultam a indicação de alguém tão submisso aos governantes de plantão, é a opção mais imediata. Obrigar o Presidente (ou os governadores) a apontar pelo menos um dos nomes da lista tríplice formada pela carreira pode ser uma alternativa, assim como autorizar a maior participação do povo e de acadêmicos nas deliberações do Senado. Mas, de outro, Tom Ginsburg e Aziz Huq apontam caminhos ainda mais interessantes. Em alguns outros países, as funções que normalmente são desempenhadas apenas pelo Ministério Público no Brasil podem ser conferidas não a um único órgão, mas a vários, dificultando a captura de todos eles pelo governante em exercício (GINSBURG; HUQ, 2018, p. 196).

De acordo com a Constituição de 1988 somente o Procurador-Geral da República pode ajuizar ações penais por crimes comuns praticados pelo Presidente. Além disso, o Ministério Público como um todo concentra uma série de atribuições que vão muito além da sua atuação na área criminal, desempenhando diversas outras atividades que estão relacionadas à fiscalização do poder público, em todos os âmbitos da federação, podendo, com exclusividade, manejar instrumentos como o inquérito civil público e, de forma preponderante, expedir recomendações e ajuizar ações de improbidade, em defesa do patrimônio público. Quando uma instituição, assim, com tantos poderes é capturada por agentes políticos do Estado, quase nenhum outro órgão poderá preencher a omissão que é deixada por tal corporação. A melhor alternativa, nesse sentido, é repartir funções tão essenciais à defesa da democracia, entre outras instituições, tornando mais difícil o controle de todas elas pelos governantes de plantão¹⁵¹.

¹⁵¹ Obviamente, a ideia não é dizer que outros órgãos diferentes do Ministério Público tenham legitimidade para propor ação penal contra o Presidente pela prática de crimes comuns; nesse caso, a formação de um órgão colegiado, composto pelo PGR e outros membros da Instituição, que possa deliberar sobre a possibilidade de oferecer denúncia contra o Chefe do Executivo, já seria uma boa saída. A proposta, todavia, é um pouco mais ampla e ultrapassa o limite das questões penais. Como Ginsburg e Huq afirmam: “Considere primeiramente a constitucionalização do *ombudsman*, que se originou na Suécia no século XIX e, depois, se espalhou por várias democracias constitucionais. Por mais que esses órgãos contem com diferentes formas institucionais, todas essas formas envolvem na prática a designação de agentes para monitorarem a conduta da administração pública diante da legalidade e, em alguns casos, diante da justiça substancial. Os detalhes particulares e os poderes da instituição, é claro, variam ao longo de diferentes contextos nacionais. Em alguns países, o *ombudsman* é um conglomerado de órgãos; em outros, apenas um

Esse raciocínio é compatível com as ideias já discutidas no tópico anterior sobre a imprevisibilidade e a multiplicidade das instituições, que são as maiores fontes de incentivos que os agentes políticos podem ter, para respeitarem os valores constitucionais. Seja pela adoção de um arranjo que dificulte a aprovação de emendas, submetendo-as a diferentes legislaturas, seja por um sistema de governo que impeça a associação imediata da imagem de um líder ao Estado, ou ainda pela distribuição de importantes funções de defesa da democracia a distintos órgãos, que igualmente dificultam a captura de todos eles, por todas essas razões, movimentos tendentes ao enfraquecimento dos princípios constitucionais podem acabar adquirindo custos muito mais elevados de realização.

A adoção do procedimento citado de aprovação de emendas gera mais incertezas quanto aos resultados finais que podem ser realmente alcançados, atendendo o requisito da imprevisibilidade. E a opção por arranjos que impeçam a concentração de tantas prerrogativas nas mãos de uma única pessoa ou de um único órgão atende o requisito da multiplicidade, criando maiores obstáculos ao culto à personalidade ou ao aliciamento de instituições essenciais à defesa da democracia. A consequência é o aumento das chances de fortalecimento dos arranjos institucionais e dos valores já estabelecidos, bem como da continuidade dos passos dados pelas facções políticas na mesma trajetória que, com todas as suas dificuldades, já vem sendo trilhada.

Feitas essas considerações, importa no próximo tópico discutir se, além da utilidade dos arranjos institucionais, as próprias constituições não podem dispor internamente de determinados assuntos, de uma tal maneira que suas normas sejam organizadas a fim de facilitarem a flexibilidade de seus princípios e sua abertura para a inclusão de novas demandas cada vez mais específicas, que surgem com a complexidade do mundo contemporâneo. Na linha, portanto, do que Elkins *et al.* (2009, p. 65-92) ensinam, a ideia é compreender como a flexibilidade e a capacidade de inclusão e de especificidade dos textos constitucionais também contribuem para uma maior durabilidade das constituições.

único órgão. (...) Em conclusão, vale a pena anotar que há benefícios potenciais por não se ter apenas uma, mas um conjunto de instituições de fiscalização. Ainda que mais instituições naturalmente aumentem a complexidade do governo, juntamente com seus custos e ineficiência, tais custos são compensados por uma importante qualidade em contextos de erosão: uma abrangente estrutura de instituições de controle significa que possíveis autocratas tenham de capturar muitas delas para alcançarem total controle do sistema político” (GINSBURG; HUQ, 2018, p. 195-196).

3.5 Flexibilidade, especificidade e inclusão

Como foi discutido no capítulo 1, constituições são barganhas políticas que atores relevantes celebram entre si, a fim de definirem os arranjos institucionais que melhor se adequam à proteção de seus interesses¹⁵². Já que as normas de uma constituição são negociadas em momentos marcados por um nível de considerável incerteza quanto ao futuro¹⁵³, os agentes envolvidos com o processo de elaboração do texto constitucional veem-se obrigados a adotarem as estratégias que julgam mais compatíveis com a maximização de suas vantagens, como se estivessem na frente de um tabuleiro de xadrez, disputando a sobrevivência de suas próprias peças (O'DONNELL; SCHMITTER, 1986, p. 66-72)¹⁵⁴.

Independentemente do grau de participação popular, os atores mais envolvidos com o processo de discussão das normas constitucionais sabem que nem todos os seus interesses poderão ser satisfeitos, na medida em que eles podem acabar entrando em rota de colisão com os interesses de outras pessoas e grupos. Assim, para que os pactos sejam concluídos, é necessário que se façam certas concessões, se admitam algumas derrotas e até mesmo se protelem determinadas decisões, seja porque as partes não chegaram a um acordo naquele momento, seja porque informações indispensáveis ao seu fechamento não estavam totalmente disponíveis.

Em cenários assim, a pergunta que fica é como esses compromissos políticos podem ser celebrados, a ponto de garantirem que todos os agentes envolvidos sintam-se incentivados ao cumprimento de suas cláusulas e desmotivados a estabelecerem negócios constitucionais alternativos. Em outras palavras: como essas barganhas constitucionais devem ser celebradas, a fim de que sobrevivam no tempo e tornem-se duradouras?

No tópico anterior, viu-se a importância da adoção de determinados arranjos institucionais para a proteção dos valores e interesses que justificam a elaboração de um determinado texto constitucional; neste momento, em continuidade ao que já foi exposto,

¹⁵² Veja-se o item 1.2, do capítulo 1.

¹⁵³ Eis aqui uma das características pelas quais se pode dizer que constituições também são instituições, apesar dos valores substantivos constantes de seu texto.

¹⁵⁴ Nas palavras de Elkins *et al.*: “Nossa teoria sobre barganhas começa com uma ilustração das pessoas sentadas à mesa. No mundo real, constituições são barganhas políticas que variam de acordo com o nível de inclusão dos membros da comunidade política” (ELKINS *et al.*, 2009, p. 66)

a proposta é discutir sobre como as normas constitucionais podem, elas próprias, ser definidas, de uma tal maneira que consigam se adaptar às mudanças inevitáveis do mundo a sua volta¹⁵⁵, flexibilizando-se diante de novas demandas cada vez mais específicas.

Os professores Elkins, Ginsburg e Melton desenvolveram um bom argumento sobre este ponto, destacando três elementos diversos que, em sua concepção, também poderiam contribuir para uma vida mais longa das constituições: flexibilidade, inclusão e especificidade (ELKINS *et al.*, 2009, p. 65-92). A ideia, em resumo, é que normas constitucionais mais flexíveis, abertas à inclusão de novos interesses, que inclusive são mais específicos, em razão da complexidade da sociedade atual, tendem a persistir ao longo do tempo.

Começando pela flexibilidade, constituições cujas normas permitem uma maior adaptação às transformações da sociedade acabam sendo mais aceitas pelas gerações futuras. Isso porque elas também passam a ver nos princípios constitucionais a possibilidade de negociarem seus próprios interesses, engajando-se pelo significado que o texto constitucional pode ter para a realização de seus projetos¹⁵⁶.

Obviamente, constituições muito flexíveis perdem a capacidade de impor limites à política do dia-a-dia, facilitando alterações que podem atender apenas interesses imediatos de elites oportunistas¹⁵⁷; porém, constituições que não se preocupam com a adaptação aos novos tempos correm o risco de se tornarem um documento irrelevante, sem nenhuma influência na realidade, estimulando “dribles” aos entraves ali contidos ou, em casos mais graves, rupturas institucionais. Em certo sentido, a flexibilidade pode

¹⁵⁵ Como Ginsburg coloca com precisão: “Constituições, por natureza, operam no tempo, procurando regular o futuro em nome do passado. (...) Constituições também existem em um mundo de mudanças e, portanto, devem se adaptar a tais condições. Muito da teoria constitucional luta com esses dualismos de passado e futuro, empoderamento e restrições, mudança e estabilidade” (GINSBURG, 2011, p. 112).

¹⁵⁶ No ponto, veja-se a afirmação do professor Juliano Zaiden Benvindo: “Enfim, há um equilíbrio entre mudança e estabilidade, a fim de que uma constituição se modifique de modo estável” (BENVINDO, 2020, p. 741).

¹⁵⁷ Conforme, mais uma vez, Tom Ginsburg: “Há algumas boas razões para apoiar pelo menos uma estabilidade moderada do direito. (...) Mudanças frequentes das regras primárias tendem a inibir a habilidade da lei para estimular hábitos de obediência. (...) Nós, portanto, temos razões para acreditar que a durabilidade constitucional pode ajudar a sustentar a estabilidade social e política, encorajando processos mais graduais e orgânicos de mudanças” (GINSBURG, 2011, p. 113).

servir como um incentivo à manutenção dos valores mais genéricos que inspiraram a elaboração do texto constitucional.

Para facilitar essa flexibilidade, a professora Rosalind Dixon e o professor Tom Ginsburg mencionam a possibilidade de o próprio constituinte fazer a remissão de certas matérias ao legislador ordinário, a fim de que, em um momento futuro, ele adote as escolhas mais compatíveis com a dinâmica social. Conforme ensinam, “isto seria o oposto do imperialismo temporal: mais do que controlar o futuro com base em preferências do passado, essas estratégias permitem que o próprio futuro controle-se a si mesmo”, viabilizando a satisfação de preferências mais atuais (DIXON; GINSBURG, 2011, p. 637).

Alguém poderia contestar essa opção, recordando o caso da Constituição de Weimar, que, justamente por empurrar para o futuro decisões fundamentais que já deveriam ter sido tomadas, acabou sucumbindo durante o nazismo, a partir de 1933. Todavia, esse não foi o único “defeito” daquela constituição; como foi mencionado¹⁵⁸, ela mesma continha pelo menos três outros dispositivos que facilitaram sua própria destruição, os quais previam o direito do Presidente de nomear o Chanceler do país, a decretação do estado de emergência e a suspensão das atividades do Parlamento. Tudo isso somado permitiu que Hitler concentrasse poderes em suas mãos e abrisse caminho para o holocausto (STOLLEIS, 2014, p. 117).

A situação que está sendo discutida neste momento é diferente. Desde que adotados os desenhos institucionais adequados, nada impede que uma constituição se abra para os tempos atuais, a fim de possibilitar às gerações futuras, e não apenas a um líder, a realização de outras escolhas mais condizentes com suas necessidades. Isso é particularmente importante quando, ao tempo das negociações, os constituintes não dispõem de informações mais seguras sobre as consequências de suas escolhas, nem estão em condições de prever minimamente as mudanças que podem afetar as configurações institucionais adotadas na atual conjuntura. Protelar decisões, nesse sentido, para uma etapa posterior, quando mais dados estiverem disponíveis, pode ser uma alternativa mais inteligente até mesmo para quem está no poder.

¹⁵⁸ Veja-se o item 2.2, do capítulo 2.

Pense-se, por exemplo, no que aconteceu em Taiwan, quando na década de 1990 adotou-se um regime semi-presidencialista, em substituição a um regime presidencialista extremamente forte, que havia sido implantado décadas atrás por influência do líder chinês Chiang Kai-Shek. A mudança de regime dos anos 90 ocorreu após a aprovação de uma série de emendas à constituição taiwanesa por pressão da oposição desempenhada na época pelo Partido Progressista Democrático, que, todavia, já nos anos 2000, ganhou as eleições presidenciais e passou a ter de lutar contra as mesmas reformas que, outrora, ele havia aprovado (DIXON; GINSBURG, 2011, p. 645).

Normas constitucionais flexíveis, além de tudo, permitem a inclusão e a proteção de novos interesses. Na verdade, quanto maior for o envolvimento dos diferentes grupos sociais nos primeiros momentos de elaboração de uma constituição, maior será sua legitimidade. A constituição brasileira, por exemplo, apesar de também ter sido o produto de negociações corporativistas, contou com intensa mobilização popular durante a assembleia constituinte de 1987/88 (BENVINDO, 2017, p. 332-357).

Mas mesmo constituições que foram aprovadas sem o envolvimento de grandes multidões podem contar com consentimentos posteriores, quando, em um momento futuro, não só as novas gerações como também outros grupos abrangidos por suas provisões manifestam sua adesão e atribuem legitimidade ao texto em vigor¹⁵⁹. Isso foi o que aconteceu, por exemplo, na Alemanha, com a Lei Fundamental de 1949, cuja vigência se manteve mesmo após a queda do muro de Berlim, 40 anos depois, com a anexação dos estados que estavam situados no antigo lado soviético e que, até então, viviam sob a autoridade de um outro texto constitucional. Do mesmo modo, foi o que ocorreu com as constituições de alguns países africanos, “as quais contam com níveis bem maiores de apoio, se ratificadas em referendos pela população” (ELKINS *et al.*, 2009, p. 79).

A inclusão de novos interesses pelas constituições pode provocar algumas consequências. Uma delas é a especificidade de matérias que passam a ser disciplinadas pelos textos constitucionais. Com a evolução da sociedade, que vai se tornando cada vez

¹⁵⁹ No ponto, veja-se a afirmação de Elkins *et al.*: “Inclusão importa tanto durante o processo inicial de produção de uma constituição, quanto mais tarde, quando rupturas têm potencial para ocorrerem” (ELKINS *et al.*, 2009, p. 79).

mais complexa, é natural que interesses mais pontuais também comecem a brigar por um lugar na constituição, a fim de obterem uma proteção mais reforçada.

A especificidade, certamente, não é um dado universal, mas um elemento que, apesar de inúmeras variáveis, tem suas evidências em contextos históricos bastante distintos. Nas palavras de Elkins *et al.*, há razões convincentes para acreditar que ela também é um dos fatores de durabilidade de muitas constituições (Ibidem, p. 84). A rigor, seja no momento em que uma constituição é promulgada, seja posteriormente, quando novas gerações começam a fazer suas próprias reivindicações, a especificidade é algo que pode blindar um determinado interesse, tornando-o mais difícil de ser desalojado.

Em alguma medida, isso se deve ao fato de que negociações em torno de matérias muito específicas, com detalhes que envolvem múltiplas circunstâncias, tendem a ser bastante custosas¹⁶⁰. Em regra, quando algumas normas do texto constitucional são deixadas “em aberto”, sem uma decisão mais clara, é porque os agentes que se envolveram naquela disputa não chegaram a um acordo mais firme a respeito de determinada questão. Nesses casos, as gerações futuras podem solucionar o problema, tomando as decisões que são mais vantajosas para si, aproveitando-se dos mesmos arranjos institucionais que já estão estabelecidos.

Se, de outra forma, os atores envolvidos em uma certa negociação conseguirem descer a detalhes mais claros sobre um tema específico, um grau de entendimento maior será revelado entre eles. Para a obtenção deste entendimento, será necessário, porém, que as partes envolvidas na situação revelem as informações que possuem, a ponto de serem mais explícitas em suas intenções, promessas, contrapartidas etc¹⁶¹. A consequência, neste sentido, é a de que as perdas e sacrifícios suportados pelos agentes, para a conclusão do acordo, compensam os esforços empregados na negociação, com maiores possibilidades de preservação dos ganhos obtidos, inclusive em face de eventuais barganhas futuras. Em tal caso, como os recursos investidos pelas partes foram significativos, é natural que ao longo do tempo até mesmo as gerações posteriormente

¹⁶⁰ Como Elkins *et al.* esclarecem: “Quanto maior o investimento em uma barganha constitucional particular, menor será a vontade das partes de se desviarem dela, substituindo-a por uma nova. (ELKINS *et al.*, 2009, p. 87).

¹⁶¹ Novamente, de acordo com Elkins *et al.*: “Forçando as partes contrapostas a considerarem as várias possibilidades de choques futuros e cenários, os autores da constituição conseguem minimizar problemas de comportamento estratégico e atrasos, quando ela entrar em vigor” (ELKINS *et al.*, 2009, p. 87).

beneficiadas pelos resultados alcançados se esforcem para mantê-los, apenas atualizando-os às novas demandas¹⁶².

Os exemplos citados por Elkins *et al.* são normas constitucionais que se referem a questões mais procedimentais como a nomeação de juízes, as regras de fiscalização eleitoral, prazos de mandatos eletivos etc. Mas é possível também que elas se refiram a direitos humanos e, inclusive, a temas ambientais mais atuais. Para se ter uma ideia, na Suécia, após intensa disputa, foi incluída na ordem constitucional uma regulação expressa do pastoreio de rebanhos, concebido como direito fundamental de indígenas daquele país (ELKINS *et al.*, p. 86).

Em resumo, estes três elementos – flexibilidade, inclusão e especificidade – se retroalimentam. Constituições flexíveis tendem a facilitar a inclusão de novos interesses, oferecendo-lhes proteção especial; e quanto mais interesses passam a ser abrangidos pelas normas constitucionais, maior será o nível de sua especificidade. Com a inclusão de interesses mais específicos, permitida pela abertura do texto constitucional aos novos tempos, as gerações presentes conseguem perceber que os arranjos institucionais existentes também as beneficiam, incentivando-as a continuarem no caminho que seus antepassados já estavam. Como esses benefícios aumentam os custos de se construir arranjos alternativos, a passagem do tempo vai reforçando ainda mais a tendência das novas gerações de se manterem na mesma trajetória.

É óbvio que, em uma sociedade dividida em classes e em grupos com interesses opostos, constituições nem sempre oferecerão incentivos a todos. Mudanças podem ser desencorajadas, mas não totalmente evitadas; quando o momento certo surgir¹⁶³, aqueles que se sentem em desvantagem não poderão ser contidos. Para o bem ou para o mal, transformações serão impostas, pois a hora de se levar a sério certos interesses que até então estavam sendo ignorados ou ameaçados chegou. Se há alguma forma das

¹⁶² Segundo Elkins *et al.*: “Uma vez atingido um certo nível de detalhes na realização da barganha constitucional, será do interesse das partes assegurar que ela esteja em sintonia com o tempo e reflita realidades políticas atuais” (ELKINS *et al.*, 2009, p. 87).

¹⁶³ Reforçando a importância não apenas de determinados eventos mas também do momento em que esses mesmos eventos acontecem, para a promoção de mudanças, cf. novamente as lições de Paul Pierson (2004, p. 54-78), em especial quando ele diz que acontecimentos aparentemente pequenos podem provocar grandes consequências, desde que sejam sequenciados por uma série específica de fatos e que se realizem no *timing* correto. A ideia, enfim, é que não somente o evento em si importa, mas também “quando” e “como” esse mesmo evento se concretiza.

constituições também se protegerem de momentos como esses, essa é a questão que o próximo e último capítulo irá discutir. Quais são esses interesses – esses fatores exógenos – que devem ser considerados, caso uma determinada constituição queira sobreviver?

Antes, porém, de se iniciar essa discussão, um resumo sobre tudo o que foi falado neste capítulo será feito, para que as ideias até aqui expostas fiquem bem fixadas.

3.6 Últimas palavras

Constituições são barganhas políticas que pessoas e grupos ajustam entre si, para a promoção de seus interesses e a maximização de suas vantagens. Normalmente, elas são negociadas em momentos de maior engajamento popular, mas pode acontecer também que elas sejam elaboradas em outras situações, nas quais apenas uma pequena parcela da sociedade tem condições de definir o conteúdo de suas normas. O importante, todavia, é que esses momentos são marcados por um razoável sentimento de incerteza a respeito do que vai acontecer no futuro. Assim, considerada a relativa imprevisibilidade do que pode se suceder e a circunstância de que constituições representam um meio para a realização de múltiplos objetivos, nada impede que elas próprias também sejam entendidas como uma instituição.

Como, porém, os textos constitucionais estabelecem determinados princípios, é natural que eles também apresentem uma dimensão substantiva, fazendo referências à separação de poderes, à democracia, aos direitos fundamentais etc. Para que esses valores sejam efetivamente protegidos, sua mera declaração pelas constituições não basta; arranjos institucionais que se mostrem capazes de impedir a prática de abusos pelo Estado e por maiorias costumam ser mais eficientes e resistentes na linha do tempo, conferindo maior proteção aos princípios que inspiram a elaboração das normas constitucionais.

A melhor maneira de se garantir estabilidade às estruturas institucionais definidas por uma constituição é pelo oferecimento de benefícios aos agentes que atuam por meio delas, incentivando-os a trabalharem de acordo com as regras do jogo. Esses benefícios podem ser concedidos, por um lado, pela imprevisibilidade com que as instituições atuam e, por outro, pela multiplicidade de resultados que elas podem produzir, o que acaba fazendo com que os atores políticos em disputa as vejam com mais imparcialidade. Ainda que os interesses mais imediatos de certas facções não sejam plenamente atendidos em um primeiro momento, é possível que, pelo modo como as próprias instituições

funcionam, eles sejam satisfeitos em momento posterior, o que torna a busca por arranjos alternativos algo não muito vantajoso, já que os custos envolvidos nessa operação podem ser muito maiores do que os benefícios já oferecidos pelo quadro institucional existente.

Ao perceberem as vantagens que possuem e os riscos que correm, caso cogitem a adoção de caminhos diferentes, os agentes que se articulam na sociedade acabam sinalizando positivamente ao próprio sistema, reforçando a autoridade de suas regras. Na medida em que esses retornos positivos crescem, aquele complexo institucional se fortalece ainda mais. Com a passagem do tempo, a tendência é que ele se torne cada vez mais resistente a novas mudanças.

Em relação às normas constitucionais em si, elas podem ser definidas de uma tal maneira que também acabam possibilitando maior sobrevivência aos valores que as inspiram. Para isso, é preciso que elas sejam flexíveis e tenham capacidade de se adaptarem aos novos tempos, facilitando a inclusão de interesses mais específicos, que surgem com a evolução de uma sociedade sempre em transformação e cada vez mais complexa.

Obviamente, nem sempre será possível que todas as demandas sejam atendidas; constituições são negócios políticos que, para serem celebrados, algumas perdas precisam ocorrer. Além do mais, a proteção de determinados interesses necessariamente exclui do alcance das normas constitucionais outros interesses antagônicos, que não podem ser garantidos ao mesmo tempo. A grande questão, então, que se levanta é que tipo de interesses as constituições devem proteger, sob pena de não conseguirem sobreviver na linha do tempo. Essa, enfim, é a pergunta que o próximo e último capítulo pretende responder.

CAPÍTULO 4 – FATORES EXÓGENOS INDISPENSÁVEIS À SOBREVIVÊNCIA DAS CONSTITUIÇÕES

4.1 Considerações iniciais

Constituições são barganhas políticas celebradas por atores relevantes, que ajustam as condições em torno das quais a vida em sociedade será organizada. De forma mais específica, constituições são compromissos políticos assumidos por determinados agentes, que desejam assegurar seus próprios interesses. Para que esses negócios sobrevivam no tempo, é preciso que as partes celebrantes sejam incentivadas por uma série de benefícios, que tornem os custos de novos pactos maiores do que as vantagens já recebidas por elas.

O ambiente político em que essas negociações todas são ajustadas é muito semelhante a um tabuleiro de xadrez, em que cada um dos *players* precisa adotar a estratégia de jogo mais adequada ao alcance de seus objetivos. Como alguns desses jogadores são sempre mais articulados do que outros, seus interesses tornam-se dominantes e acabam se impondo como condições à conclusão dos pactos. Obviamente, outros agentes com menor capacidade de organização não conseguem obter no fim de tudo os resultados mais favoráveis a suas pretensões. Em meio a esse complexo processo de negociação, há atores que ganham determinadas disputas, mas perdem outras, abrindo mão de certas vantagens em um momento, para alcançar outras, em um momento diverso.

Nesse mesmo contexto, há grupos cujos interesses entram em rota de colisão com os interesses de outras facções, o que pode acabar provocando a proteção de alguns deles, em detrimento dos demais. Em certos casos, pode acontecer que determinados interesses sejam inconciliáveis, promovendo mútuas exclusões. Finalmente, é possível que alguns grupos sequer entrem nas negociações, não desfrutando do direito de terem suas reivindicações ouvidas.

A pergunta que, então, se levanta é: há interesses que devem ser atendidos pelas constituições, sob pena delas não conseguirem sobreviver?

Para respondê-la, este capítulo será dividido em dois tópicos: no primeiro deles (item 4.2), será dada uma resposta muito direta à questão formulada, dizendo-se que sim, esses interesses existem; em seguida, no item 4.3, será debatido como determinados grupos podem se organizar na sociedade e imporem suas preferências como condições

sem as quais constituições não obtêm estabilidade, destacando-se dois breves conceitos de Barry Weingast: a racionalidade do medo e a coordenação de interesses.

Com o término deste capítulo, as conclusões finais deste trabalho serão apresentadas, fazendo-se um curto resumo de suas principais ideias.

4.2 Interesses indispensáveis à sobrevivência das constituições

Para que constituições de regimes democráticos obtenham estabilidade e sobrevivam no tempo, é preciso que as mais diversas pessoas e grupos sejam incentivados a obedecerem-nas. De um modo geral, cidadãos e cidadãs devem perceber os benefícios de viverem de acordo com as normas constitucionais, enxergando ainda as desvantagens que eventuais rupturas institucionais podem trazer para suas vidas. Mesmo nas situações em que algumas perdas tenham de ser administradas, os benefícios de se respeitar as regras do jogo devem ser evidentes, sob pena de caminhos alternativos começarem a parecer mais interessantes a atores políticos derrotados em suas disputas.

Como Barry Weingast chega a afirmar, para uma constituição democrática sobreviver, os agentes oficiais da política devem ter incentivos para se sujeitarem a suas normas e para, inclusive, aceitarem derrotas eleitorais, ao mesmo tempo em que aqueles que estão fora do poder devem ter incentivos para não tomá-lo por meio da força (WEINGAST, 2014, p. 343). Em outras palavras, a estabilidade de uma dada constituição requer que suas regras e princípios sejam autoimpositivos, isto é, que sejam instituídos no interesse de todas e todos de os respeitarem. Na prática, isso significa que os conflitos políticos serão resolvidos segundo as normas já existentes e que violações contra essas mesmas normas serão vistas como algo inefetivo ou desvantajoso¹⁶⁴.

Se, portanto, para garantirem sua sobrevivência, constituições de regimes democráticos precisam fornecer incentivos às pessoas e grupos que vivem debaixo de suas regras, como isso pode acontecer em uma sociedade na qual nem todos os interesses poderão ser beneficiados por suas normas?

¹⁶⁴ Para fundamentar seu raciocínio, Weingast inclusive chega a citar Larry Diamond, dizendo: “Para uma democracia se consolidar, elites organizações e o povo em geral devem todos acreditar que o sistema político que de fato existe em seu país é digno de ser obedecido e defendido” (WEINGAST, 2014, p. 347).

Sem dúvida, o mundo não é composto por indivíduos que compartilham sempre das mesmas visões: trabalhadores lutam por garantias que são antagônicas aos interesses de seus patrões; pessoas sem-terra brigam contra os interesses de latifundiários; grupos ambientalistas têm preferências bastante diversas das assumidas pelo agronegócio; mulheres e *gays* fazem reivindicações contrárias aos valores de facções machistas e homofóbicas; grupos de diferentes confissões religiosas acreditam em princípios muitas vezes inconciliáveis¹⁶⁵.

Nunca é demais lembrar que nos EUA – o autointitulado país da liberdade –, a Constituição foi negociada entre proprietários de escravos e aqueles que queriam o fim da escravidão¹⁶⁶. Em El Salvador, após o fim de um conflito armado que já durava mais de dez anos, diversas reformas à Constituição de 1983 foram negociadas no início da década de 1990, mediante uma sucessão de acordos entre o governo e os grupos insurgentes da chamada Frente Farabundo Martí para a Libertação Nacional (FMLN) – todos com nítidos interesses em rota de colisão¹⁶⁷.

À luz desses exemplos, uma primeira pergunta que poderia ser feita é seguinte: será que, em contextos assim – provavelmente universais –, todos os grupos em conflito são realmente incentivados pelos benefícios oferecidos pelas constituições? A resposta é óbvia e só pode ser negativa. Se conflitos entre facções tão distintas existem, é porque seus interesses são mutuamente excludentes, o que faz com que a garantia de uns provoque a exclusão de vários outros, não havendo nenhum benefício capaz de incentivar esses grupos excluídos a respeitarem normas que não os contemplam. A questão mais

¹⁶⁵ Nesse sentido, cf. as afirmações de Weingast: “Porque a situação econômica e social dos cidadãos varia significativamente, é improvável que eles concordem sobre a forma dos direitos e os limites do estado. Produtores discordam de comerciantes, proprietários de inquilinos, trabalhadores de capitalistas, e os de áreas urbanas daqueles que vivem no campo. As múltiplas divisões na sociedade implicam que não há consensos naturais sobre a natureza dos direitos dos cidadãos, os limites do estado e, geralmente, a constituição” (WEINGAST, 2014, p. 348).

¹⁶⁶ No ponto, cf. o capítulo 2, item 2.3 sobre desmembramento constitucional, e o capítulo 3, item 3.2 sobre James Madison e os desenhos institucionais nos EUA.

¹⁶⁷ A propósito desses episódios da turbulenta história de El Salvador, veja-se a explicação de Barry Weingast: “Depois de anos de guerra, tanto os insurgentes quanto o regime reconheceram que nenhum deles poderia vencer. A guerra alterou dramaticamente os padrões fundiários de muitas regiões em conflito. Porque esses novos padrões não podiam ser facilmente desfeitos, grupos insurgentes conseguiram obter graus de proteção. Os insurgentes, então, desistiram de seu objetivo de fazerem uma revolução socialista, advogando em seu lugar a democracia. E os moderados acabaram prevalecendo no regime, abrindo novas negociações com os insurgentes e concordando, por exemplo, com reformas sociais e econômicas moderadas” (WEINGAST, 1997, p. 259).

apropriada, então, é se há determinados interesses que não podem ser excluídos, nem colocados do lado de fora das constituições, sob pena delas não conseguirem sobreviver. E a resposta, dessa vez, é positiva; sim, eles existem.

Como Barry Weingast afirma, se constituições querem realmente sobreviver, “elas devem proteger os interesses daqueles que têm poderes de destruí-las” (WEINGAST, 2014, p. 363). Para que as coisas fiquem bem claras, constituições só se estabilizam se determinados interesses poderosos forem assegurados, não importa se moralmente questionáveis ou inimigos dos valores mais básicos da liberdade.

O exemplo da Constituição dos EUA é evidente; lá, se os brancos proprietários de escravos não fossem contemplados com arranjos institucionais adequados à manutenção de seus “direitos”, o texto constitucional jamais seria aprovado (LEVINSON, 2011, p. 721)¹⁶⁸. No Chile, quando a direita política percebeu que seus direitos econômicos estavam sendo ameaçados pelas propostas reformistas do governo de Salvador Allende, ela apoiou o golpe militar de Augusto Pinochet, para implantar uma ditadura no país, impedindo que seus interesses fossem afetados. Na Espanha, do mesmo modo, ao longo dos anos 30, proprietários de terras rurais, líderes da igreja e vários empresários apoiaram o general Francisco Franco na guerra civil contra o governo, para manterem seus interesses intactos (WEINGAST, 2014, p. 349).

Segundo Adam Przeworski e Jose Maria Maravall, constituições só conseguem se estabelecer “quando as relações entre as forças políticas forem tais, que os agentes mais poderosos veem a lei a seu favor, ou, para colocar de modo diverso, quando a lei é a ferramenta preferida dos poderosos” (PRZEWORSKI; MARAVALL, 2003, p. 3). A melhor maneira de se fazer com que as normas constitucionais sejam obedecidas e se estabeleçam é incentivando atores políticos poderosos a protegerem seus próprios interesses não por meios ilegais, mas por intermédio do próprio direito. Por isso, nas

¹⁶⁸ Como Daryl J. Levinson explica: “Além de ser genericamente aceito pelos pais fundadores que algum tipo de proteção constitucional à escravidão fosse uma condição necessária para os estados do sul se juntarem à União, havia uma pequena inclinação na Convenção da Filadélfia a escrever explicitamente no texto constitucional proteções substantivas aos proprietários de escravos. Alguns dos pais da constituição mostraram-se reticentes em relação a uma instituição tão peculiar. Madison, por sua parte, ponderou que seria ‘errado admitir em uma constituição a ideia de que um homem pudesse ser propriedade de outro’. Mas a ausência de uma proteção substantiva para a escravidão também refletia a visão dos federalistas do sul, que compartilhavam a filosofia mais ampla de Madison que ‘garantias de papel para a servidão humana não iria restringir a maioria do norte comprometida com o fim da escravidão’. Os brancos do sul preferiram apostar suas fichas no desenho estrutural de um governo federal” (LEVINSON, 2011, p. 721).

palavras de Stephen Holmes, “dizer que ‘o direito é a ferramenta dos poderosos’ não é aprovar nem promover o cinismo” (HOLMES, 2003, p. 50); é simplesmente mostrar que se grupos mais poderosos ou melhor organizados na sociedade não puderem usar as normas constitucionais a seu favor, eles irão garantir seus interesses por meios não legais, provocando rupturas institucionais mais violentas.

Para continuar usando a metáfora do xadrez¹⁶⁹, que ilustra as estratégias que os grupos sociais devem adotar no momento em que constituições são negociadas, ao menos duas restrições excepcionais devem ser destacadas neste ponto; como os professores Guillermo O’Donnell e Philippe Schmitter dizem, em primeiro lugar, é proibido dar um xeque-mate no rei do outro jogador, isto é, não se pode acabar com o direito de propriedade da classe burguesa; em segundo lugar, também é proibido fechar os movimentos da rainha do adversário, ou seja, não se deve ameaçar a existência das forças armadas, que podem apelar, revirar a mesa ou simplesmente continuarem o jogo sozinhas, caso percebam que seus maiores interesses estão próximos do fim (O’DONNELL; SCHMITTER, 1986, p. 69)¹⁷⁰.

Naturalmente, essa é uma conclusão muito difícil de ser digerida, mas ela descreve as coisas como realmente são; acreditar que o Estado ou as constituições estão aí para proteger direitos dos mais fracos é uma aposta um tanto cara. Se os grupos excluídos não forem capazes de se organizar e de ver a constituição como algo que também lhes favorece, dificilmente ela será qualquer outra coisa que não um instrumento a favor de quem manda¹⁷¹.

¹⁶⁹ No ponto, veja-se a nota de n. 25, no item 1.2, do capítulo 1.

¹⁷⁰ Ao destacarem a negociação de constituições em períodos de transição de regimes autoritários para outros mais democráticos, O’Donnell e Schmitter vão afirmar: “(...) é proibido dar um xeque-mate no rei de um dos jogadores. Em outras palavras, durante a transição, os direitos de propriedade da burguesia são invioláveis. (...) Essa é uma restrição fundamental que partidos de esquerda devem aceitar, caso queiram ser autorizados a participarem das principais jogadas do tabuleiro. (...) A segunda restrição deriva da primeira, embora tenha sua própria base autônoma: é proibido restringir muito os movimentos da rainha do regime de transição. Em outras palavras, na medida em que as forças armadas são os principais protetores dos direitos e privilégios cobertos pela primeira restrição, sua existência institucional, seus bens e hierarquia não podem ser eliminados ou simplesmente ameaçados. Se as forças armadas sentirem-se ameaçadas, elas podem simplesmente varrerem seus oponentes do tabuleiro, chutarem-no e começarem a jogar sozinhas” (O’DONNELL; SCHMITTER, 1986, p. 69).

¹⁷¹ Como, mais uma vez, Stephen Holmes afirma: “Minha proposta é esclarecer as razões pelas quais atores políticos poderosos podem resistir furiosamente ou abraçar calorosamente o império da lei. Nós não

Como isso, porém, pode ser feito; como as constituições podem de fato se converter em mecanismos de proteção não apenas dos poderosos, mas também de outros grupos inicialmente excluídos, é o tema sobre o qual o próximo tópico irá refletir, com base em duas ideias distintas: a racionalidade do medo e a capacidade de coordenação que os interesses existentes na sociedade devem ter, para transformarem as normas constitucionais em verdadeiras fontes de incentivo.

4.3 Racionalidade do medo e capacidade de coordenação

Constituições são normas que devem ser elaboradas de uma tal maneira, que seja do interesse das mais diversas pessoas e grupos sociais as respeitarem. Elas devem fornecer incentivos àqueles que estão sujeitos a suas regras, a fim de que se tornem autoimpositivas. Para se estabelecerem e garantirem sua sobrevivência, é preciso que as normas constitucionais contemplem os interesses de agentes com poderes de destruí-las. Se principalmente esses agentes não virem nas constituições regras que os beneficiam, eles não as obedecerão e acabarão buscando meios alternativos de satisfação de seus propósitos, podendo promover até mesmo rupturas mais violentas como golpes ou revoluções.

Os exemplos citados no tópico anterior dos EUA, Chile e Espanha dão a entender, num primeiro momento, que as elites¹⁷² – proprietários de terras, ricos industriais, militares e lideranças políticas de destaque – é que detêm o maior controle das coisas e podem impor seus interesses a todos os outros, editando normas que mais às favoreçam. Mas é possível também que as coisas nem sempre sejam assim; quando a escravidão nos EUA se tornou insustentável, foi preciso que uma guerra explodisse no país; na Espanha,

podemos explicar porque o império da lei se consolida ou não em um contexto histórico específico invocando nada, a não ser os cálculos estratégicos de atores políticos poderosos” (HOLMES, 2003, p. 19).

¹⁷² Citando uma fala do deputado federal Carvalho Netto no ano de 1953 durante as discussões que aconteciam no Brasil sobre a adoção do parlamentarismo, Cláudia Paiva de Carvalho acaba revelando um conceito bastante adequado de elite para este trabalho: “(...) na visão desses atores, a falta de apoio popular à emenda parlamentarista não afetaria a legitimidade e o acerto da mudança proposta. Segundo o deputado Carvalho Netto, essa era uma decisão que cabia às elites pensantes, que historicamente tinham sido responsáveis pelas medidas que garantiram a evolução política do país. Nesse sentido, afirmou que ‘quem comanda a massa é a elite. A elite é o Congresso Nacional, a elite são as escolas de direito, a elite é a gente que sabe ler, que sabe dirigir, e por ela a massa é conduzida’. A indiferença da população não enfraquecia a emenda, já que a opinião que importava era a das elites: ‘a massa se agita, a massa faz remoinho, faz a poeirada, mas quem dirige a ideia, quem traça o rumo, quem ilumina o caminho é o homem de escol, é o homem de elite’” (CARVALHO, 2019, p. 63).

a ditadura de Francisco Franco chegou ao fim, possibilitando que, na década de 1970, uma nova constituição mais democrática fosse negociada (WEINGAST, 2014, p. 349); no Chile, muito embora a Constituição de Pinochet ainda esteja em vigor, um movimento popular enorme tomou as ruas do país recentemente, para pôr em prática um projeto de uma nova constituição, que refletisse melhor os anseios da maioria do povo chileno¹⁷³.

O que se quer dizer com isso tudo é que as coisas podem se reverter, e aqueles que, até então tinham maiores poderes, podem de repente se ver em situações menos favoráveis, sendo obrigados a fazerem certas concessões a grupos outrora excluídos ou a simplesmente perderem seus privilégios, em casos mais radicais. Governos opressores podem ser depostos; ricos podem se ver com medo de perderem suas posses ou coisa mais valiosa; grupos marginalizados podem vir à tona e, no tempo certo, provocarem as mudanças necessárias. A história é um processo constante de lutas e de mudanças.

Como, então, isso pode acontecer? Como alguns grupos em situação menos vantajosa podem começar a reverter as coisas e passar a ameaçar a estabilidade das normas constitucionais? Duas ideias apontadas pelo professor da Universidade de Stanford Barry Weingast podem ajudar a responder essas perguntas: a racionalidade do medo e a capacidade de coordenação, que certos interesses existentes na sociedade devem apresentar, para tornarem as constituições um ponto efetivo de orientação de suas condutas (Ibidem, p. 348-351).

Primeiramente, a racionalidade do medo está baseada na presunção de que as pessoas e os grupos que vivem na sociedade tomarão as providências necessárias para se defenderem, quando elas se sentirem ameaçadas pela atuação dos governos ou pela aplicação de determinadas normas constitucionais. Como já foi mencionado, é preciso que as constituições ofereçam benefícios aos mais diversos agentes, incentivando-os a obedecerem suas regras, de tal forma que eles se vejam em melhores condições sob o pacto constitucional em vigor do que sob a vigência de novas regras. Se, por acaso, uma dada constituição não proteger aquilo que certos grupos e pessoas entendem como mais caro, elas não verão maiores razões para continuarem vivendo de acordo com as normas

¹⁷³ No ponto, veja-se, mais uma vez, o artigo de Cristiano Paixão e André Azevedo (2021), mencionado no item A, da introdução deste trabalho, e disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/chile-choque-singular-heranca-autoritaria-perspectiva-democratizante-04122021>>. Acesso em: 5 dez 2021.

que estão em vigor, entendendo, ao contrário, que uma nova ordem constitucional pode ser mais favorável aos seus interesses (Ibidem, p. 348)¹⁷⁴.

Como o professor Juliano Zaiden Benvindo (2019) explica, “quando o povo percebe que ele pode ser lesionado e se tornar vítima de alguma violência, ele fará o que for necessário para defender a si próprio, tomando inclusive medidas extremas”, como, por exemplo, ir para o confronto direto, dando origem a uma guerra civil, ou apoiar líderes oportunistas que se aproveitam desses momentos para tirar vantagens e logo depois impor uma ditadura, à semelhança do que aconteceu na dividida Alemanha do período entre guerras¹⁷⁵.

Na linha do que já foi sustentado, esse medo que é deflagrado pelas ações de um governo ou pelas mudanças que estão sendo sinalizadas pode ser tanto das denominadas elites, quanto das classes trabalhadoras, de grupos até então oprimidos ou do povo em geral. Tanto as classes mais ricas, quanto as mais pobres – para ser mais direto – podem se sentir ameaçadas e, em consequência, partirem para ações mais radicais, impedindo a realização de mudanças anunciadas ou promovendo rupturas mais violentas. No Chile e na Espanha, foram as elites que evitaram a alteração do *status quo*; na Rússia, em 1917, e em Cuba em 1959, foram as classes trabalhadoras que inicialmente fizeram a revolução. Independentemente de quem se esteja falando, uma vez deflagrado o medo de se perder aquilo que é mais valioso, medidas radicais podem ser tomadas de todos os lados¹⁷⁶.

Já a capacidade de coordenação – como a própria expressão sugere – exige que os interesses existentes na sociedade sejam capazes de se organizar, para fazerem com que as normas constitucionais se transformem em pontos de consenso mínimo, em virtude

¹⁷⁴ Nas palavras do próprio Barry Weingast: “Quando cidadãos sentem-se ameaçados por mudanças na política pública, particularmente, quando eles acreditam que suas vidas ou subsistência estão em risco, eles tomam providências para se defenderem. (...) Se os cidadãos acreditam que a probabilidade de mudanças políticas adversas está nos limites ou acima deles, eles agirão no sentido de se defenderem contra o risco de perdas” (WEINGAST, 2014, p. 343-344).

¹⁷⁵ Veja-se o item 2.2, do capítulo 2 sobre a morte da Constituição de Weimar.

¹⁷⁶ No ponto, veja-se a interessante colocação de Stephen Holmes: “Mas o medo de reações adversas é do conhecimento do poder. (...) Os poderosos farão concessões apenas a outras forças políticas poderosas, incluindo as forças não cooperativas e insurgentes das ruas. (...) O medo de uma rebelião violenta, além de tudo, confere ao governante um forte motivo para manter sua população subjugada em um estado de paralisação, resignação e docilidade. (...) A primeira ordem que interessa a um governante com medo de ser fisicamente lesionado pelos seus súditos é mantê-los apreensivos, desorganizados, rastejantes, divididos, não educados e incapazes de resistência” (HOLMES, 2003, p. 29).

dos quais a maioria da sociedade poderá orientar suas condutas, confiando em que todos agirão de acordo com aquilo que eles próprios decidiram. Sempre que o governo ou quem quer seja violar esses consensos, todos aqueles que participaram do processo de negociação poderão reagir em conjunto, punindo os transgressores (GINSBURG, 2011, p. 116)¹⁷⁷.

Nessa linha de entendimento, Adam Przeworski e Jose Maria Maravall entendem que os governos obedecem às constituições não porque eles acreditam em algum dever moral de obedecê-las; na verdade, as constituições passam a ser vistas como um dispositivo que habilita as pessoas e os grupos a adivinharem o que a maioria considera as maiores transgressões a direitos, concordando, então, quando devem reagir contra tais transgressões (PRZEWORSKI; MARAVALL, 2003, p. 9). De sua parte, Weingast também é bem claro ao dizer que sempre que “os cidadãos tiverem a habilidade de se organizar contra as violações cometidas pelo governo, ele poderá ser impedido de agir de forma contrária aos direitos dos cidadãos” (WEINGAST, 2003, p. 110).

Portanto, para que os poderes capazes de destruírem as constituições não fiquem concentrados nas mãos de poucas facções, é preciso que a maioria do povo se organize e consiga desenvolver as aptidões necessárias à elaboração de normas constitucionais que revelem a formação de um acordo obtido por vários grupos distintos. Em países organizados do modo mais justo possível, a maior parte da população foi capaz de fazer com que suas constituições se convertessem em um ponto de consenso mínimo, em virtude do qual direitos básicos não podem ser violados, sem maiores resistências. A diferença entre essas nações e as demais não reside em nenhum tipo de benção mais exclusiva que, porventura, tenha sido derramada dos céus; como o professor Stephen Holmes explica, “a diferença reside na poliarquia, na multiplicação de grupos influentes,

¹⁷⁷ Como Tom Ginsburg resume: “Em democracias, a capacidade das constituições imporem limites reside em última instância nos cidadãos. Se eles conseguem se coordenar, eles podem impedir o governo de lhes impor custos ou de violar as barganhas políticas. Se eles não conseguem se coordenar, a democracia não se estabiliza, e o governo irá ajustar as barganhas continuamente em seu favor, com consentimento político. O problema de coordenação é que cidadãos com interesses díspares não estarão dispostos a alcançarem um acordo sobre o que pode ser considerado uma violação da constituição (...). A disposição de se levantar contra o governo exige a confiança de que os cidadãos se unirão; em caso contrário, um potencial insurgente pode acabar ficando com medo de terminar na prisão, enquanto a opressão continua. Todavia, quando todos os cidadãos coordenarem suas expectativas no sentido de que os outros se juntarão aos protestos, e essas expectativas se cumprirem, o governo será impedido de violar a barganha. Constituições escritas podem ser instrumentos úteis para ajudarem os cidadãos a superarem os problemas de coordenação, porque textos definem violações e, portanto, aumentam as probabilidades da coordenação” (GINSBURG, 2011, p. 116).

na organização mais plural do poder. Quando a riqueza e o poder são amplamente distribuídos, o direito deixa de ser um bastão utilizado por poucos contra muitos, para se tornar uma espada de dois lados” (HOLMES, 2003, p. 50).

A bem da verdade, mesmo as pessoas mais poderosas precisam da cooperação das demais para atingirem seus objetivos; os ricos, em certa medida, dependem dos pobres; os patrões, de seus trabalhadores; os homens, das mulheres. Essa dependência que, de um modo geral, os mais fortes também têm dos mais fracos pode fazer com que cedam uma parte de seu poder político e, quem sabe, de sua riqueza, em momentos de pressão e de medo. Por isso, a capacidade de coordenação desses grupos menos favorecidos é tão importante. Uma vez organizados, há maior distribuição de poderes e melhor divisão dos recursos materiais; a maior consequência é que, “ao invés do direito refletir os interesses de um único grupo, ele acaba sendo utilizado como um instrumento a favor de muitos” (PRZEWORSKI; MARVALL, 2003, p. 4)¹⁷⁸.

Na visão de Barry Weingast, enfim, tanto a racionalidade do medo, quanto a capacidade da maioria de se coordenar são princípios que podem assegurar a sobrevivência de constituições verdadeiramente democráticas, ao evitarem que os poderes de abalarem a estabilidade das normas constitucionais fiquem concentrados nas mãos de poucas facções e ao permitirem que eles sejam distribuídos pelos mais diversos grupos sociais.

4.4 Últimas palavras

Constituições precisam ser autoimpositivas, caso realmente queiram preservar seus valores por muito tempo. Para que suas normas tornem-se autoimpositivas, é preciso que elas sejam elaboradas de acordo com o interesse das mais diversas pessoas e grupos que vivem em sociedade.

¹⁷⁸ Cf. a síntese precisa de Weingast sobre este ponto: “Quando os cidadãos são capazes de agirem em concerto, em resposta às transgressões do governo, eles impedem os líderes de assim se comportarem, até pelo medo que esses líderes têm de perder o apoio de que precisam para se manter no poder. Em contrapartida, quando os cidadãos falham e não conseguem agir em concerto – notadamente, se eles discordam sobre o que realmente constituem transgressões –, líderes podem se comportar de um jeito pelo qual mantêm apoio suficiente de alguns eleitores, enquanto violam os direitos de outros” (WEINGAST, 2014, p. 349).

Como nem todos as pretensões, todavia, podem ser sempre atendidas pelas constituições, fica a pergunta sobre quais interesses não podem ser excluídos dos benefícios oferecidos por elas. Constituições, nesse sentido, devem proteger os interesses daqueles que têm poderes de destruí-las.

Em regimes democráticos, nos quais é inadmissível a concentração de poderes, a maioria do povo deve encontrar uma forma de se tornar aquela com condições de ameaçar a estabilidade das normas constitucionais. Para que isso seja possível, dois princípios devem ser atendidos: a racionalidade do medo e a capacidade de coordenação de interesses dos grupos majoritários.

Por racionalidade do medo entende-se aquela situação em que as pessoas e os grupos ameaçados tomam as providências necessárias à proteção daquilo que lhes é mais caro; por capacidade de coordenação entende-se que a maioria do povo deve ser capaz de chegar a um consenso sobre as condições mais básicas da vida em sociedade, as quais não poderão ser violadas, sem que reações sejam deflagradas.

Na medida em que esses consensos forem formados, a maior parte da população cria a confiança de que, sempre que eles estiverem sob ameaça, todas e todos que chegaram àquele acordo atuarão em conjunto, para defenderem os valores que elas(es) próprias(os) consideraram indispensáveis a uma convivência social minimamente pacífica.

A consequência é que as constituições se tornarão estáveis, garantindo os mais diversos interesses existentes na sociedade, principalmente aqueles que são compartilhados por maiorias consensuais – aquelas que, enfim, podem ameaçar e destruir a estabilidade das constituições.

CONCLUSÕES

Este trabalho foi motivado por uma pergunta central: de quais fatores depende a sobrevivência das constituições? Para que ela fosse respondida de forma adequada, ela foi repartida em diferentes pontos, que foram examinados separadamente em cada um dos capítulos desta pesquisa.

Já que a finalidade era discutir sobre a vida e morte das constituições e sobre os fatores necessários a sua longevidade, este trabalho começou dizendo, no capítulo 1, como os textos constitucionais surgem e vêm à vida, destacando-se uma característica básica de sua elaboração, assim como de sua modificação ao longo do tempo; em contrapartida, logo depois, se falou sobre como esses mesmos textos constitucionais morrem, apontando-se um critério formal para a indicação de seu momento final. Em seguida, já no capítulo 2, foram discutidos alguns exemplos de constituições que morreram, foram desmembradas e ameaçadas em tempos mais recentes, por líderes com tendências autocráticas. Posteriormente, no capítulo 3, debateu-se como constituições de regimes democráticos podem sobreviver às mudanças acontecidas no mundo político a sua volta, colocando-se em destaque a importância de determinados arranjos institucionais mais adequados a sua proteção. Tais arranjos foram chamados nesta pesquisa de fatores endógenos. Por fim, no capítulo 4, mostrou-se que, para adquirirem estabilidade, era preciso que as constituições protegessem determinados interesses poderosos o suficiente para destruírem-nas, os quais, por sua vez, foram definidos como fatores exógenos indispensáveis a sua sobrevivência.

Nessa linha de ideias, o capítulo 1 teve por objetivo discutir sobre a vida e morte das constituições contemporâneas. Após as considerações iniciais, o segundo tópico deste capítulo (item 1.2) procurou esclarecer como as constituições da idade contemporânea são elaboradas, destacando-se que elas são barganhas políticas que atores relevantes celebram entre si, a fim de definirem as estruturas institucionais mais adequadas à proteção de seus interesses e à maximização de suas vantagens. Como as normas constitucionais são debatidas e negociadas em momentos de relativa incerteza sobre o futuro, com um maior ou menor envolvimento da população, entendeu-se que as constituições são, elas próprias, um tipo específico de instituição capazes de atender múltiplos objetivos – muito embora elas também veiculem valores substantivos relacionados à democracia, ao exercício do poder e aos direitos fundamentais, que devem

ser protegidos por arranjos institucionais adequados. Além disso, destacou-se que ao longo do tempo constituições continuam sendo objeto de barganhas, quando, por exemplo, os parlamentares negociam as condições de aprovação de uma determinada emenda ou quando juízes de tribunais constitucionais atuam de forma estratégica para decidirem um certo caso, ressaltando-se que o que está em jogo nem sempre é a melhor interpretação de um dispositivo constitucional, mas os interesses que se quer satisfazer e que se impõem no momento em que uma decisão judicial é tomada.

No tópico seguinte (item 1.3), viu-se que as constituições deixam de existir quando são oficialmente revogadas e, na mesma sequência, substituídas por novos textos constitucionais; a ideia foi apresentar um critério formal e mais objetivo, que fosse o bastante para apontar o momento a partir do qual uma constituição poderia ser dada como morta, sem muitas considerações subjetivas sobre a efetividade de suas normas. Ao mesmo tempo, foi mencionado que, em situações excepcionais, constituições também podem ser mortas, quando forem suspensas pela edição de atos normativos de emergência, que, apesar de serem hierarquicamente inferiores, funcionariam como se constituições fossem, disciplinando as questões mais sensíveis aos poderes do Estado e ao exercício de direitos fundamentais.

O capítulo 2, por sua vez, pretendeu dar exemplos de constituições que foram mortas, suspensas, desmembradas e ameaçadas por lideranças políticas com tendências autoritárias. Assim, após as primeiras considerações, foi discutido no tópico seguinte (item 2.2) o caso da Constituição de Weimar, que estava em vigor na Alemanha, quando Hitler chegou ao poder em 1933. A finalidade, naquele momento, foi demonstrar que o referido texto constitucional era um bom exemplo de uma constituição, cuja vigência havia sido suspensa pela edição de leis de emergência, que, na prática, fizeram as vezes de uma nova constituição. Isso porque aqueles atos normativos emergenciais – de que eram exemplos o decreto de incêndio do Parlamento e a lei de habilitação – mexiam na relação entre os órgãos do Estado, concentrando quase todos os poderes nas mãos de Hitler, que, assim, tornou-se o líder absoluto da nação, cassou os direitos de seus inimigos, perseguiu o povo judeu e abriu caminho para o holocausto.

Em seguida, no item 2.3, foram debatidas as ideias de Richard Albert (2019) sobre o que ele chama de desmembramento constitucional. Por tal desmembramento entende-se que entre a mera aprovação de emendas e a adoção de uma nova constituição, há uma

categoria intermediária, que afeta profundamente os valores, a identidade e a arquitetura institucional descrita em um dado texto constitucional. Ali, ainda foi mencionado que, a depender do tipo das mudanças provocadas pelo desmembramento, valores democráticos poderiam ser aperfeiçoados – como foi o caso da 13ª emenda nos EUA, que aboliu a escravidão – ou, ao contrário, enfraquecidos.

Foi justamente em relação ao enfraquecimento dos valores básicos da democracia que o próximo tópico (item 2.4) demonstrou suas maiores preocupações. Naquela ocasião, viu-se que, ao contrário do que costumava acontecer antigamente, regimes democráticos nos dias de hoje não são destruídos por golpes tão súbitos ou violentos – como o caso do Chile em 1973, com o general Pinochet revelava –, mas, mais precisamente, por processos mais lentos de erosão, que minam as democracias por dentro, de forma muito mais sutil. Nos primeiros momentos esses processos nem sempre são percebidos, tanto que eles criam regimes híbridos de governo, definidos pela literatura comparada como autoritarismos discretos ou competitivos, que impedem muitas vezes os órgãos internacionais de os qualificarem como não democráticos. Quando, porém, os estragos provocados por aqueles processos tornam-se mais evidentes, já pode ser tarde demais. Os exemplos discutidos foram os da Hungria de Viktor Orban e da Venezuela de Hugo Chavez, onde as constituições que até então estavam em vigor foram substituídas por novos textos constitucionais, elaborados em maior consonância com os programas de governo de cada um deles.

O tópico seguinte (item 2.5) referia-se ao Brasil, que também passou a ser incluído na lista dos países cujas democracias estavam em declínio. Como o professor Emílio Peluso Neder Meyer (2021) explica, o país enfrentou – e, na verdade, ainda enfrenta – um paulatino processo de erosão de sua democracia constitucional, que se inicia mais especificamente no ano de 2014, quando o partido derrotado nas eleições presidenciais não reconhece o resultado das urnas; passa por uma série de medidas controvertidas adotadas pela chamada Operação Lava Jato, que, em processo judicial presidido por juiz considerado pelo STF incompetente e suspeito, impediu o candidato favorito nas pesquisas de intenção de voto de disputar as eleições de 2018; pelo questionável *impeachment* da Presidenta Dilma Rousseff em 2016, que muitos definiram como um golpe parlamentar; pela aprovação da emenda constitucional n. 95/2016, que, segundo o próprio Richard Albert, provocou o desmembramento da Constituição de 1988; até chegar ao governo de Jair Bolsonaro, que, apesar de não ter tido os mesmos êxitos de seus

colegas autocratas – Orban e Chavez –, agravou o processo de erosão da democracia brasileira, ao permitir o retorno dos militares à cena política do país; desrespeitar minorias desprotegidas; negar os riscos da pandemia da Covid-19, provocando mortes que poderiam ser evitadas; inflamar seus seguidores contra os poderes da República, em especial o STF; e capturar a PGR, que, para muitas e muitos analistas, até hoje tem blindado o Presidente diante de graves denúncias de práticas de crimes comuns e de responsabilidade.

Descritos os cenários nos quais constituições democráticas são mortas ou estão sob ameaça, o capítulo 3 pretendeu discutir sobre os fatores endógenos capazes de protegê-las das mudanças ocorridas no ambiente político ao seu redor. A partir daquele momento, importava debater sobre como as constituições poderiam sobreviver às ameaças provenientes do mundo a sua volta. Logo após as considerações iniciais, foram discutidas no tópico seguinte (item 3.2) as ideias que o político norte-americano James Madison tinha sobre a necessidade de se adotar arranjos institucionais adequados à proteção dos valores que, em sua opinião, inspiravam a elaboração da Constituição dos EUA. Como se viu, para ele, a experiência demonstrava que declarações de direitos eram simples barreiras de papel, verdadeiros pergaminhos que não tinham força suficiente para impedir abusos praticados pelo Estado ou pelas facções majoritárias da sociedade. Um complexo institucional bem desenhado, que fizesse com que as ambições dos diferentes agentes mutuamente se controlassem, ofereceria maior segurança aos direitos das minorias e aos princípios da democracia norte-americana.

Porém, como a história demonstrou que instituições nem sempre se confrontam por espaços de influência cada vez maiores, discutiu-se no item 3.3 sobre como, então, seria possível a adoção de arranjos institucionais capazes de incentivarem os agentes políticos a atuarem de acordo com as finalidades pensadas para as instituições que ocupam. Dois requisitos principais foram mencionados: a imprevisibilidade e a multiplicidade de resultados que poderiam ser produzidos pela atuação das estruturas institucionais. Justamente porque a forma de atuação das instituições é relativamente imprevisível e porque elas podem realizar vários tipos de objetivos, é que os atores que se engajam no mundo político conseguem vê-las com mais imparcialidade. Isso faz com que eles aceitem eventuais perdas e o não atendimento de seus interesses mais imediatos, já que, em outros momentos mais favoráveis, eles podem reverter as coisas e atingirem seus objetivos, reforçando assim a estabilidade das instituições. Com a passagem do

tempo, os retornos positivos que os agentes políticos conferem ao sistema acabam fortalecendo-o ainda mais; conforme eles vão percebendo os benefícios proporcionados pelas estruturas existentes, mais eles são incentivados a obedecerem às regras do jogo; quanto mais essas regras são cumpridas, mais autoimpositivas elas se tornam. Assim, a trajetória percorrida até ali tende a prosseguir no tempo, e os custos de arranjos alternativos, em contrapartida, tendem a aumentar, mostrando-se menos vantajosas mudanças mais radicais. Como as constituições não deixam de ser um tipo particular de instituição, esse raciocínio se aplica perfeitamente a sua maior ou menor permanência na história; mas como também elas fazem referência a valores substantivos, relacionados a direitos, a ideia de arranjos institucionais adequados a sua proteção mostra-se igualmente importante.

Logo depois, no item 3.4, foram expostos alguns exemplos de desenhos institucionais que poderiam ter pelo menos dificultado o processo de erosão das democracias constitucionais na Hungria, Venezuela e Brasil. Como em todos eles, certas mudanças mais profundas foram realizadas por meio da aprovação de emendas, a adoção de procedimentos diversos, que exigem a manifestação de parlamentares escolhidos pelo povo em diferentes legislaturas, seria uma forma de se dificultar os retrocessos que foram implementados por meio das próprias regras constitucionais. Sistemas de governo que despersonalizam o Estado, impedindo que líderes populistas cortem a mediação que a institucionalidade deve fazer entre o povo e o próprio governo, ao lado de órgãos múltiplos com diferentes funções, que impeçam a captura de todos eles pelos governantes de plantão, também foram alternativas apontadas naquele momento.

O item 3.5, por fim, demonstrou como as normas constitucionais podem, elas próprias, ser elaboradas de uma tal maneira que estejam abertas à inclusão de novos interesses mais específicos de uma sociedade em constante transformação e cada vez mais complexa. Três requisitos, então, foram apontados como medidas que também poderiam contribuir para uma maior duração das constituições na linha do tempo: flexibilidade, inclusão e especificidade.

O quarto e último capítulo, finalmente, pretendia demonstrar como certos interesses são decisivos para a sobrevivência das constituições. Se o capítulo 3 havia discutido sobre os fatores endógenos, relativos às estruturas institucionais e ao modo como as próprias normas constitucionais poderiam ser melhor elaboradas para

viabilizarem uma vida mais duradoura a um determinado texto constitucional, o capítulo 4 voltou suas atenções para o lado de fora, para os interesses que se articulam na sociedade, cuja proteção deve ser garantida pelas constituições, sob pena delas não sobreviverem na história.

Assim, logo após as considerações iniciais, no item 4.2 foi debatido que, em uma sociedade marcada por interesses tão diversos e conflitantes, nem todos eles podem ser plenamente atendidos pelas normas constitucionais. Como, porém, alguns deles são dominantes e acabam ameaçando a estabilidade das constituições, foi afirmado que, para poderem sobreviver, elas devem proteger os interesses daqueles que têm poderes de destruí-las. Essa foi uma condição, por exemplo, que os brancos proprietários de escravos impuseram aos demais para a aprovação da Constituição dos EUA.

Para que estes poderes de ruptura constitucional não fiquem nas mãos de poucas facções, o item 4.3 pretendeu discutir como eles poderiam ser melhor distribuídos pela sociedade. Naquele momento, então, falou-se da racionalidade do medo, que diz que quando as pessoas e os grupos detentores dos mais diversos interesses sentem-se ameaçados, eles tomam as providências que julgam adequadas à proteção daquilo que lhes é mais caro. Para que esse “levante” a favor dos próprios direitos fosse possível de ser realizado pela maioria da população, viu-se que era preciso que ela tivesse a capacidade de se organizar e de transformar as normas constitucionais em pontos de consenso mínimo, relativos à garantia de direitos básicos que não poderiam mais ser violados, sem reações. Isso, por um lado, impediria que o governo se associasse às elites e fornecesse benefícios apenas a elas, e, por outro, incentivaria o Estado a considerar os interesses da maioria do povo, garantindo-lhes a proteção necessária, sob pena da estabilidade do regime se ver em perigo.

Em síntese, essas foram as conclusões extraídas por esta pesquisa. Constituições são barganhas políticas cuja sobrevivência deve interessar às partes que as celebraram ou às pessoas que são afetadas por suas cláusulas; a melhor maneira de se fazer com que as pessoas desejem uma maior sobrevivência das constituições é pelo fornecimento de incentivos a todas elas, mas principalmente àqueles que puderem romper com esses pactos. Quem são aqueles que têm poderes de romper com negócios já celebrados, para, em seguida, ajustar novos pactos, mais adequados a suas pretensões, é algo que só a história vai poder demonstrar.

Quando o compositor Adrian Leverkühn, da monumental obra de Thomas Mann celebra um pacto, para desfrutar de longos anos de inspiração musical e tornar-se mundialmente famoso, uma condição foi imposta a ele pelo demônio: não amar ninguém profundamente (MANN, 2015, p. 289-290)¹⁷⁹. A imagem utilizada por Mann tinha o objetivo de condenar o próprio povo alemão, que era responsável por ter feito um pacto com o nazismo e sacrificar valores maiores da democracia.

Ao longo deste trabalho, viu-se que a sociedade alemã não foi a única a celebrar um pacto com o mal. Os norte-americanos também o fizeram, quando aprovaram sua constituição e mantiveram a escravidão dos negros. O Chile fez algo semelhante, na época de Pinochet; a Espanha, com Francisco Franco. Na Hungria, Venezuela e Brasil, pactos em torno de suas constituições também foram celebrados para enfraquecer valores democráticos. Determinados pactos, portanto, exigem um preço muito alto a ser pago. Será que eles são válidos e justificam a batalha por sua sobrevivência? Para que algumas constituições sobrevivam, certas condições são caras demais, embora nem sempre legítimas; aceitá-las pode significar um custo muito elevado, forçando algumas pessoas a viverem em um verdadeiro inferno, como os escravos negros viveram nos EUA; como minorias desprotegidas viveram na Alemanha; como muitas pessoas viveram e vivem na Hungria e na Venezuela; como, no fim, o próprio personagem do livro de Thomas Mann também viveu – sem o direito de amar. No Brasil parece que ainda há chances de vencer a degradação mais recente e tão profunda dos valores da democracia; a questão, todavia, é como continuar amando o governo e as instituições? Que incentivos existem para isso? Como amar outras pessoas que pensam de modo tão distinto? Será que o inferno também já chegou por aqui? Quem sabe... pois, ao fim de tudo, o que é o inferno se não a dor de não poder amar?

¹⁷⁹ A propósito, veja-se a epígrafe que abre este trabalho.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. Constitutional Politics/Constitutional Law. In: *The Yale Law Journal*, Vol. 99, No. 3, 1989, p. 453-547.
- _____. *We the People*. Foundations. Cambridge-Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press, 1991, v. 1.
- ACUNHA, Fernando José Gonçalves; ARAFA, Mohamed A.; BENVINDO, Juliano Zaiden. The Brazilian Constitution of 1988 and its Ancient Ghosts: Comparison, History and the ever-present need to fight Authoritarianism. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 5, p. 17-41, 2018.
- _____. *Constitucionalismo, autoritarismo e democracia na América Latina: as recentes Constituições da Bolívia e do Equador e a persistência das tradições do constitucionalismo latino-americano*. 2017. 226 f., il. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2017.
- ALBERT, Richard. *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions*. Oxford University Press, 2019.
- ARENDT, Hannah. *On Revolution*. London: Penguin Books, 1990.
- BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós -1964*. 2009. 409 f. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2009.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; BUSS, Gustavo; STRAPASSON, Kamila Maria. *A Inconstitucionalidade do Desrespeito à Autonomia para Nomeação de Reitores*. 4 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-04/opiniao-desrespeito-autonomia-nomeacao-reitores>. Acesso em: 15 mar. 2022.
- BENITES, Afonso. *Escudo de Bolsonaro, Augusto Aras enfrenta cada vez mais oposição para ser reconduzido à PGR*. 19 ago. 2021, Brasília. Disponível: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2021-08-19/escudo-de-bolsonaro-augusto-aras-enfrenta-cada-vez-mais-oposicao-para-ser-reconduzido-a-pgr.html>>. Acesso em: 2 abr. 2022.
- BENVINDO, Juliano Zaiden. *The seeds of change: popular protests as constitutional moments*. *Marquette Law Review*, v. 99, p. 363-426, 2015.
- _____. *The forgotten people in brazilian constitutionalism. Revisiting behavior strategic analyses of regime transitions*. *I-CON*, Vol. 15, nº 2, 2017, p. 332-357.
- _____; ESTORILIO, Rafael. *O Supremo Tribunal Federal como Agente do Constitucionalismo Abusivo*. *Cadernos Adenauer (São Paulo)*, v. XVIII, p. 173-191, 2017.
- _____. *The party fragmentation paradox in Brazil: A shield against authoritarianism?* *International Journal of Constitutional Law Blog (I-CONnect)*, 24 out. 2019. Disponível em: <<http://www.iconnectblog.com/2019/10/the-party-fragmentation-paradox-in-brazil-a-shield-against-authoritarianism/>>. Acesso em: 15 mar. 2022.
- _____. *Self-enforcing constitutional amendments rules: a dialogue with Richard Albert's Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions*. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 7, n. 3, p. 733-753, set./dez. 2020. DOI: 10.5380/rinc.v7i3.73930.

_____. A “Hybrid Coup” in Brazil? Bolsonaro in Desperation Mode. *International Journal of Constitutional Law Blog (I-CONnect)*, 25 ago. 2021. Disponível em: <<http://www.iconnectblog.com/2021/08/a-hybrid-coup-in-brazil-bolsonaro-in-desperation-mode/>>. Acesso em: 21 jan. 2022.

BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na Era Vargas (1930-1964), in FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton C.L. (org.). *História do direito em perspectiva – do antigo regime à modernidade*. Curitiba: Juruá, 2009.

BLOM, Philipp. Träume und Alpträume. In: KLUßMANN, Uwe; MOHR, Joachim. *Die Weimarer Republik: Deutschlands erste Demokratie*. München, Deutsche Verlags-Anstalt, 2015, p. 68-75.

BRASIL. Portal de notícias G1. Manifestantes fazem atos a favor de Bolsonaro no 7 de Setembro. 7 set. 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/09/07/manifestantes-fazem-atos-a-favor-de-bolsonaro-no-7-de-setembro.ghtml>>. Acesso em: 18 dez. 2021.

_____. Portal de notícias Migalhas. STF: 5x4 para impedir extinção de conselhos por Bolsonaro. 12 jun. 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/304314/stf--5x4-para-impedir-extincao-de-conselhos-por-bolsonaro>>. Acesso em: 20 mar. 2022.

_____. Portal de notícias CNN. CPI da Pandemia apresenta relatório com 68 indiciados; veja íntegra e destaques. 20 out. 2021, Brasília. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/cpi-da-covid-ao-vivo-relatorio-final-da-comissao-e-apresentado-e-lido/>>. Acesso em: 21 mar. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1992.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. *Imagens da imparcialidade entre o discurso constitucional e a prática judicial*. 2016. 311 f. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

CARVALHO, Claudia Paiva. *Presidencialismo e democracia no Brasil (1946-1956): sistema de governo, legalidade e crise política*. 2019. 251 f., il. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2019.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *Teoria da constituição e direito constitucional: escritos selecionados*. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021.

CHADE, Jamil. Brasil vive processo de "autocratização"; democracia recua 30 anos no mundo. 21, mar. 2022. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2022/03/21/brasil-vive-processo-de-autocratizacao-democracia-recua-30-anos-no-mundo.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em: 21 mar 2022.

DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. Deciding not to decide: Deferral in constitutional design. *I-CON*, Vol. 9 No. 3-4, 2011, p. 636-672.

ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The endurance of national constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

GARGARELLA, Roberto. *Latin American constitutionalism 1810-2010: The engine room of the constitution*. Nova Iorque: Oxford, 2013.

GUEBEYE, Berihun Adugna. Global constitutionalism and cultural diversity: The emergence of jurisgenerative constitutionalism in Africa. In: *Global Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, Vol. 10, No. I, 2021, p. 40-71.

GUERRA, Maria Pia; COUTO, Ana Carolina. A Ordem dos Advogados do Brasil na Assembleia Nacional Constituinte (1987-88): entre a identificação social e a identificação profissional, in COELHO, Saulo O.P.; DINIZ, Ricardo M.E.; COELHO, Diva J.S. (org.). *Direito, história e política nos 30 anos da Constituição: experiência e reflexões sobre o contexto constitucional brasileiro*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 81-105.

GINSBURG, Tom. Constitutional endurance. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind. *Comparative Constitutional Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2011, p. 112-128.

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

GOEBBELS, Joseph; BERK, Hans Schwarz van (Hg.): *Der Angriff. Aufsätze aus der Kampfzeit*. München: Franz Eher Nachf, 1935.

GOMES, David Francisco Lopes. *A Constituição de 1824 e o problema da modernidade: o conceito moderno de Constituição, a história constitucional brasileira e a Teoria da constituição no Brasil*. 2016. 302 f., il. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2019.

HAGOPIAN, Frances. *Democracy by undemocratic means?: Elites, political pacts, and regime transition in Brazil*. 23 *Comp. Pol. Stud.*, 1990.

HEIN, Till. *Der Sprengsatz*. In: KLUßMANN, Uwe; MOHR, Joachim. *Die Weimarer Republik: Deutschlands erste Demokratie*. München, Deutsche Verlags-Anstalt, 2015, p. 50-55.

HESSE, Konrad. *Die normative Kraft der Verfassung*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 2019.

HIRSCHL, Ran. *On the blurred methodological matrix of comparative constitutional law*. In: CHOUDHRY, Sujit. *The Migration of Constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 39-66.

_____. *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

HOLMES, Stephen. *Lineages of the rule of law*. In: PRZEWORSKI, Adam; MARAVALL, Jose Maria. *Democracy and the rule of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 19-61.

HOLMES, Pablo. *Por que foi um golpe?* Disponível em: <<https://jornalggn.com.br/crise/a-definicao-de-golpe-por-pablo-holmes/>>. Acesso em: 30 jun. 2021.

KELLERHOFF, Sven Felix. *Die drei tödlichen Fehler der Weimarer Verfassung*. 11 aug. 2019. Disponível em: <<https://www.welt.de/geschichte/article198259345/Weimarer-Republik-Die-drei-toedlichen-Fehler-der-Verfassung.html>>. Acesso em: 16 fev. 2022.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

KIRCHHEIMER, Otto [1930]. *Weimar... und was dann? Entstehung und Gegenwart der Weimarer Verfassung*. In: BUCHSTEIN, Hubertus (org.). *Otto Kirchheimer – Gesammelte*

Schriften. Band 1: Recht und Politik in der Weimarer Republik. Baden-Baden: Nomos, 2017, p. 209-250.

LANDAU, David. Abusive constitutionalism. *University of California, Davis Law Review*, v. 47, n. 189, 2013.

LASSALLE, Ferdinand. Über Verfassungswesen. Disponível em: <<https://www.marxists.org/deutsch/referenz/lassalle/1862/xx/verfassungswesen.htm>>. Acesso em: 02 jan 2022.

LAW, David; VERSTEEG, Mila. Sham Constitutions. In: *California Law Review*, vol. 11, n. 4, 2013, p. 863-952.

LEVINSON, Daryl L. Parchment and Politics: The Positive Puzzle of Constitutional Commitment. *Harvard Law Review*, Estados Unidos, vol. 124, n. 3, January 2011, p. 657-746.

LEVINSON, Sanford. *Our undemocratic constitution: where the constitution goes wrong (and how we the people can correct it)*. New York: Oxford University Press, 2006.

LÖWENSTEIN, Karl. *Verfassungslehre*. Tübinge: Mohr Siebeck, 1965.

LÖWY, Michael. *Walter Benjamin: aviso de incêndio: uma leitura das teses sobre o conceito de história*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2014.

MADISON, James. The federalist papers: n. 51. The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments From the New York Packet, 1788-a. Disponível em: <https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed51.asp>. Acesso em: 12 mar. 2022.

_____. From James Madison to Thomas Jefferson. 17, out. 1788-b, New York. Disponível em: <<https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-11-02-0218>>. Acesso em: 12 mar 2022.

MANN, Thomas. *Doutor Fausto: a vida do compositor alemão Adrian Leverkühn narrada por um amigo*. Tradução de Herbert Caro. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

MENDES, Conrado Hübner. Manifesto alarmista debaixo de fuzil. Folha de São Paulo, São Paulo, 11 mai. 2022. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2022/05/manifesto-alarmista-debaixo-de-fuzil.shtml>>. Acesso em: 11 mai. 2022.

MEYER, Emílio Peluso Neder. *Constitutional erosion in Brazil: Progresses and failures of a constitutional project*. Oxford: Hart, 2021.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

O'DONNELL, Guillermo; SCHMITTER, Philippe C. *Transitions from authoritarian rule: Tentative conclusions about uncertain democracies*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1986.

PAIXÃO, Cristiano. O STF e o direito do trabalho: as três fases da destruição. 30 jun. 2020, Brasília. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/artigos/30068-o-stf-e-o-direito-do-trabalho-as-tres-fases-da-destruicao>>. Acesso em: 22 mar 2022.

_____; AZEVEDO, André Freire. Chile vive choque singular de herança autoritária e perspectiva democratizante. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/chile-choque-singular-heranca-autoritaria-perspectiva-democratizante-04122021>>. Acesso em: 5 dez. 2021.

PIERSON, Paul. Politics in time. New Jersey: Princeton University Press, 2004.

PRZEWORSKI, Adam. Some problems in the study of the transition to democracy. In O'DONNELL, Guillermo; SCHMITTER, Philippe C.; WHITEHEAD, Laurence. Transitions from authoritarian rule: Comparative perspectives. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1986, p. 47-63.

_____. *et al.* O que mantém as democracias? Lua Nova, São Paulo, n. 40-41, p. 113-135, ago. 1997. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n40-41/a06n4041.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2022.

_____; MARAVALL, José María. Introduction. In: PRZEWORSKI, Adam; MARAVALL, Jose Maria. Democracy and the rule of law. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 1-16.

ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional constitutional amendmemts: the limits of amendment powers. Oxford: Oxford University Press, 2017.

SARMENTO, Daniel; PONTES, João Gabriel Madeira. Democracia Militante e a candidatura de Bolsonaro: inelegibilidade a partir de interpretação teleológica do art. 17, da Constituição? Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/democracia-militante-e-a-candidatura-de-bolsonaro-24082018>>. Acesso em 18 jun. 2019.

SCHMITT, Carl. Staat, Bewegung und Volk. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt Hamburg, 1933.

_____. Verfassungslehre. Berlin: Duncker & Humblot, 2017.

SONTHEIMER, Michael. Blutiger Beginn. In: KLUßMANN, Uwe; MOHR, Joachim. Die Weimarer Republik: Deutschlands erste Demokratie. München, Deutsche Verlags-Anstalt, 2015, p. 35-49.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Democracia em Crise no Brasil: Valores Constitucionais, Antagonismo Político e Dinâmica Institucional. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

STEPHENSON, Mathew C. When the Devil Turns: The Political Foundations of Independent Judicial Review. In: The Journal of Legal Studies, Volume 32, Number 1, January, 2003, p. 59-89.

STOLLEIS, Michael. Öffentliches Recht in Deutschland; eine Einführung in seine Geschichte – 16. – 21. Jahrhundert. C.H.Beck, 2014.

TUSHNET, Mark. Avanced introduction to comparative constitutional law. Northhampton: Edward Elgar Publishing Limited, 2014.

VAROL, Ozan O. Stealth Authoritarianism. Iowa Law Review, Estados Unidos, 2015, n. 100, p. 1673-1742. Disponível em: <http://ilr.law.uiowa.edu/files/ilr.law.uiowa.edu/files/ILR_100-4_Varol.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022.

VIRISSIMO, Vivian. O que é o orçamento secreto? Entenda o esquema usado por Bolsonaro e Lira no Congresso. Brasil de Fato, Brasília, 09 nov. 2021. Disponível em:

<<https://www.brasildefato.com.br/2021/11/09/o-que-e-o-orcamento-secreto-entenda-o-esquema-criado-por-bolsonaro-e-lira-no-congresso>>. Acesso em: 15 mar. 2022.

WEINGAST, Barry R. The Political Foundations of Democracy and the Rule of Law. *The American Political Science Review*, Vol. 91, No. 2 (Jun., 1997), pp. 245-263.

_____. A Postscript to “Political Foundations of Democracy and the Rule of Law”. In: PRZEWORSKI, Adam; MARAVALL, Jose Maria. *Democracy and the rule of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 109-113.

_____. *Designing Constitutional Stability*. In: CONGLETON, Robert; SWEDENBORG, Birgitta. *Democratic Constitutional Design and Public Policy Analysis and Evidence*. Cambridge: MIT Press, 2014.