

**DETERIORAÇÃO DEMOCRÁTICA E O ATAQUE AOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**
DEMOCRATIC DECAY AND ATTACK ON THE FUNDAMENTAL RIGHTS

Adriana Inomata, Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia (UNIBRASIL), doutoranda em Direito do Estado (UFPR), pesquisadora do Centro de Estudos da Constituição (CCONS – UFPR) e professora da Escola de Direito da Universidade Positivo. E-mail: adrianainomata@yahoo.com.br

Estefânia Maria de Queiroz Barboza, Professora no Mestrado e Doutorado da Universidade Federal do Paraná e no Mestrado em Direito da UNINTER. Menção Honrosa no Prêmio Capes de Tese de 2012 . Vice -Presidente da Associação Ítalo-brasileira de Professores de Direito Administrativo e de Direito Constitucional. Editora-Chefe da Revista da Faculdade de Direito da UFPR (A2). Co-Diretora do Capítulo Brasil do ICON-S da *International Society of Public Law*. E-mail: estefbarboza@gmail.com

RESUMO:

Com a emergência da democracia constitucional liberal como modelo de governança predominante no Estado de Direito, os autocratas tiveram que encontrar novas formas de ascender ao poder, que diferenciasssem dos genuínos golpes de estado (tanques nas ruas, fechamento do congresso, golpes abruptos e violentos). Esses novos autocratas do século XXI utilizam do manto formal da legalidade e da constitucionalidade para chegar ao poder, ali permanecer e instituir o seu projeto autoritário. Assim, vencem eleições, utilizam emendas constitucionais ou até substituições da Constituição, convocam referendos e plebiscitos, utilizam decretos, medidas provisórias e leis para concentrar seus poderes, estender seus mandatos, enfraquecer as instituições de *accountability* e atacar paulatinamente os direitos fundamentais até que a democracia seja efetivamente derrubada. O Brasil, a partir da vitória de Jair Messias Bolsonaro, entrou na lista de países autocratas. A dificuldade de identificar esses novos regimes, dado que isoladamente as ações adotadas têm aparência de legalidade, faz com que seja necessário criar novos mecanismos que possam identifica-los e combater-los. Este artigo visa caracterizar essas novas formas de autocracia e analisar os novos modos de ataque aos direitos fundamentais, especialmente as liberdades.

Palavras-chave: deterioração democrática; regimes híbridos; liberdades fundamentais.

ABSTRACT

With the emergence of liberal constitutional democracy as the predominant governance model in the rule of law, the autocrats had to find new ways to rise to power, which differed from genuine coups d'état (tanks in the streets, closing of the congress, abrupt and violent coups). These new 21st century autocrats use the

formal cloak of legality and constitutionality to come to power, to remain there and institute their authoritarian project. Thus, they win elections, use constitutional amendments or even substitutions to the Constitution, call referendums and plebiscites, use decrees, provisional measures and laws to concentrate their powers, extend their mandates, weaken accountability institutions and gradually attack fundamental rights until democracy be effectively overturned. Brazil, after the victory of Jair Messias Bolsonaro, entered the list of autocratic countries. The difficulty in identifying these new regimes, given that the actions taken in isolation have an appearance of legality, makes it necessary to create new mechanisms that can identify and combat them. This article aims to characterize these new forms of autocracy and analyze new ways of attacking fundamental rights, especially freedoms.

Keywords: *democratic decay; hybrid regimes; fundamental freedoms.*

1. INTRODUÇÃO

Indubitavelmente, o Brasil vive em um processo de deterioração democrática¹, seguindo a tendência de muitos países, como Venezuela, Turquia, Hungria, Polônia, Egito, Japão e Estados Unidos². Autores de áreas distintas (ciência política e direito constitucional), como Levitsky³, Ziblatt⁴, Schepelle⁵ e Alterio⁶ reconheceram que as quedas da democracia na contemporaneidade têm traços distintos daquela imagem clássica que nos vêm a mente: tanques nas ruas e golpes abruptos. As democracias morrem hoje mediante golpes gentis, com líderes (populistas) eleitos e seu processo de degradação é gradual, por meio de medidas que têm aparência de constitucionalidade e de legalidade. Fenômeno este identificado por Scheppele⁷ como “legalismo autocrático” em uma “*democratorship*”,

¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; INOMATA, Adriana. “Constitucionalismo abusivo e o ataque ao Judiciário na democracia brasileira”. In CONCI, Luiz Guyilherme Arcaro; DIAS, Roberto (organizadores): *Crise das democracias liberais: perspectivas para os direitos fundamentais e a separação de poderes*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2019, páginas 421-442.

² Ver FREEDOM HOUSE. *Freedom in the world 2020*. 2020. Disponível em: https://freedomhouse.org/sites/default/files/2020-02/FIW_2020_REPORT_BOOKLET_Final.pdf. Acesso em 07 de setembro de 2020.

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

⁴ Idem

⁵ SCHEPELE, Kim Lane. “Worst Practices and the Transnational Legal Order (How do Build a Constitutional “Democratorship” in Plain Sight)”. Background paper. Wright Lecture, University of Toronto, Nov. 2, 2016. Disponível em: https://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/documents/events/wright-scheppele2016.pdf Acesso em 20 de junho de 2020.

⁶ ALTERIO, Ana Micaela. “Reactive vs Structural Approach: A Public Law Response to Populism.” *Global Constitutionalism*, vol. 8, no. 2, 2019, pp. 270–296, doi:10.1017/S2045381719000029.

⁷ SCHEPELE, *Op. Cit.*

o que os cientistas políticos já identificavam como “regimes híbridos” ou “*competitive authoritarianism*”⁸.

O que caracteriza esses fenômenos é uma preocupação por manter uma aparência de constitucionalidade. Usam a Constituição e as leis como disfarce. Isso torna muito mais difícil a identificação desses regimes e o momento em que realmente o sistema de direitos fundamentais e a própria democracia estão seriamente em risco. Além de que nos impõe uma revisão dos instrumentos jurídicos de controle.

É de extrema relevância, então, que a comunidade, especialmente a jurídica, fique atenta aos sinais que demonstram a instauração de um regime autoritário nesses moldes para buscar evitar a queda completa da democracia e o desfacelamento dos direitos fundamentais. Assim, este trabalho objetiva descrever as características do modo contemporâneo de derrocada do regime democrático, trabalhando conceitos como legalismo autocrático⁹ e constitucionalismo abusivo¹⁰, de modo a identificar os riscos às liberdades fundamentais nesse novo contexto.

2. DETERIORAÇÃO DEMOCRÁTICA NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO LIBERAL: A ASCENSÃO DE AUTOCRATAS HIPÓCRITOS

Para Fukuyama, no artigo “*The end of history*”, o fim da Guerra Fria representou o “fim da história”¹¹ com a vitória do constitucionalismo liberal como modo de governança e da democracia liberal frente às demais ideologias, como nazismo e fascismo. Desde então, formou-se um consenso mundial em torno dos parâmetros mínimos a serem respeitados pelos Estados para serem considerados democráticos: existência de Constituição como lei fundamental (“*law of lawmaking*”), separação de poderes (sistema de *check and balances*), renovação do poder e garantia de liberdades civis e políticas. O modo como os Estados irão organizar suas

⁸ LEVITSKY, Steven; Lucan WAY. *Competitive Authoritarianism: Hybrid Regimes After the Cold War*. New York: Cambridge University Press, 2010.

⁹ SCHEPPELE, Kim Lane. “Autocratic Legalism”. *The University of Chicago Law Review*. Vol. 85. Issue 2, March 2018. Disponível em: <https://lawreview.uchicago.edu/publication/autocratic-legalism>. Acesso em 20 de junho de 2020.

¹⁰ LANDAU, David. “Abusive Constitutionalism” (April 3, 2013). 47 *UC Davis Law Review* 189 (2013); FSU College Law, *Public Law Research Paper* No. 646.

¹¹ FUKUYAMA, Francis. “The end of history?” *The national interest*, n. 16, 1989, p. 3-18.

constituições pode variar em relação à forma de governo, à forma de estado, ao catálogo de direitos fundamentais; porém é essa estrutura fundamental (a limitação do poder com vistas à garantia de direitos) – herança do constitucionalismo liberal – que constitui um Estado de Direito¹².

Em razão da formação desse consenso em torno do modo de governança liberal, os candidatos a autocratas tiveram que encontrar novos modos de ascender ao poder que não remetessem aos modos tradicionais: golpes abruptos e violentos, com a completa e sumária extinção das instituições democráticas.¹³

Como existe uma preocupação em manter uma aparência de legitimidade e legalidade, esses candidatos autocratas se valem de um truque para não serem identificados como verdadeiros autocratas. Eles envolvem a confiança em torno de estereótipos rígidos sobre liberalismo e autoritarismo.

As pessoas foram educadas com a ideia de golpe como aqueles tradicionais do século passado. Assim, consideram que os golpes serão realizados de modo catastrófico, abrupto, patente e violento. Por exemplo, Hitler declarou estado de emergência na Alemanha, suspendeu direitos e usurpou o poder do parlamento. O golpe militar no Brasil contou com tanques nas ruas, decretação do fim das eleições diretas e do pluripartidarismo e desenvolveu-se com perseguição e execução de opositores políticos, elaboração de uma nova constituição, decretação de estado de sítio, fechamento do congresso e censura dos meios de comunicação.

Nesses modelos predominantes no século passado, a concentração de poder é brutal, manifesta e completa. Os líderes justificam suas ações em nome de uma ideologia autoritária e o início desses regimes autoritários se dá por meio de uma violenta aquisição do poder e destruição das instituições políticas de controle.

Os autocratas legalistas, por outro lado, ascendem ao poder pelas vias legais, mediante um processo eleitoral democrático, e usam a retórica democrática e dos mecanismos do constitucionalismo em seu favor¹⁴. As vezes, a dificuldade está em

¹² NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 25.

¹³ Hugo Chavez (Venezuela), Viktor Orbán (Hungria), Recep Tayyip Erdogan (Turquia) são exemplos de autocratas eleitos.

¹⁴ Tushnet afirma que características do constitucionalismo podem ser instrumentais para líderes autoritários, como um judiciário aparentemente independente que esteja alinhado com seu governo, a liberdade de expressão, que pode revelar informações sobre o descontentamento popular e os líderes opositores. (TUSHNET, Mark V., "Authoritarian Constitutionalism" (December 18, 2013). *Harvard Public Law Working Paper* No. 13-47, p. 59 e ss. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2369518>. Acesso em 10 de setembro de 2020

distinguir uma ação dentro das regras do jogo constitucional de um *constitutional hardball*, quando utilizam as regras do jogo contra a própria Constituição e a democracia¹⁵, o que leva a deterioração¹⁶ gradual da democracia e do sistema constitucional. “Eles seguem um caminho mais dócil, mais gentil, mas, no final, também destrutivo.”¹⁷ “[T]he new autocrats come to power not with bullets but with laws”¹⁸.

É possível identificar um grupo de traços em comum que fazem desse um novo modo de ascender e governar: *outsiders*¹⁹ da política, eleitos pelo voto popular com discurso populista, emergem em momentos de crise econômica e forte polarização política. Uma vez eleitos, seus governos utilizam mecanismos constitucionais e legais existentes para corroer a ordem constitucional democrática, aumentando seu poder e enfraquecendo as instituições de *accountability*. Eles possuem uma retórica fortemente agressiva em relação às instituições de controle, emparelham o judiciário, perseguem seus opositores, atacam a imprensa e difundem o ódio contra as minorias. No entanto, preocupam-se em usar dos mecanismos legais e constitucionais para que seu regime tenha aparência de legalidade.²⁰

¹⁵ Como um processo de *impeachment* ilegítimo. TUSHNET, Mark. “Constitutional Hardball”, 37 *J. Marshall L. Rev.* 523 (2004). Disponível em: <https://dash.harvard.edu/handle/1/12916580>. Acesso em: 30 de julho de 2020.

¹⁶ BALKIN, Jack M., “Constitutional Rot” (June 14, 2017). Can It Happen Here?: Authoritarianism in America, Cass R. Sunstein, ed. (2018, Forthcoming); Yale Law School, *Public Law Research Paper* No. 604. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2992961>

¹⁷ SCHEPPELE, Kim Lane. “Autocratic Legalism”. *The University of Chicago Law Review*. Vol. 85. Issue 2, March 2018, p. 572. Disponível em: <https://lawreview.uchicago.edu/publication/autocratic-legalism> Acesso em 20 de junho de 2020.

¹⁸ SCHEPPELE, *Op. Cit.*, p. 582..

¹⁹ Podemos citar dois exemplos emblemáticos: Donald Trump e Jair M. Bolsonaro. Donald Trump era um empresário antes de ser eleito como Presidente dos Estados Unidos. Jair Messias Bolsonaro, embora já estivesse na carreira política há mais de duas décadas, não tinha destaque na política nacional e o partido ao qual pertencia não possuía uma bancada expressiva.

²⁰ “*They take a kinder, gentler, but, in the end, also destructive path. They masquerade as democrats and govern in the name of their democratic mandates. They don’t destroy state institutions; they repurpose rather than abolish the institutions they inherited. Their weapons are laws, constitutional revision, and institutional reform. Their ideology is often flexible. And they leave just enough dissent in play that they appear to be tolerant. Instead of a scorched-earth policy that obliterates all opponents, one will find in these autocratically legalistic regimes a handful of small opposition newspapers, a few weak political parties, some government-friendly NGOs, and perhaps even a visible dissident or three (albeit always denigrated in the government-friendly media with compromising information—real or fake—so that hardly anyone can take these dissidents seriously). There is no state of emergency, no mass violation of traditional rights. To the casual visitor who doesn’t pay close attention, a country in the grips of an autocratic legalist looks perfectly normal. There are no tanks in the streets.*” (SCHEPPELE, *Op. Cit.*, p. 572.)

Trata-se de verdadeiras “*democratorships*”²¹ ou “democraturas”²², ou seja, regimes autoritários híbridos²³ que usam disfarces democráticos para instaurarem governos verdadeiramente autocráticos. Esses novos modos regimes combinam alguns aspectos da democracia com aspectos do autoritarismo, afastando de uma defesa sincera das normas constitucionais democráticas.

Esses novos autocratas não são liberais. Podem ser de direita, como Viktor Orbán na Hungria, Jarosław Kaczyński na Polônia e Jair Bolsonaro no Brasil. Mas também podem ser de esquerda, como Hugo Chávez na Venezuela e Rafael Correa no Equador.

David Landau²⁴ denominou o uso recorrente de mecanismos de mudança constitucional (emendas constitucionais e substituição da Constituição) para corroer a ordem democrática como constitucionalismo abusivo. Os novos autocratas reformulam a ordem constitucional com mudanças sutis, que isoladamente não acionam o alerta da comunidade internacional, mas que conjuntamente propiciam que eles permaneçam no poder ou que obtenham o controle de instituições de *checks and balances*, como o Judiciário²⁵. No mesmo sentido, Ana Micaela Alterio identifica o uso de instrumentos constitucionais para atacar a democracia, concentrando poderes, como “populismo constitucional”²⁶.

Entre os exemplos dos novos regimes autocráticos citados e descritos pela doutrina²⁷, temos: Rússia, com Vladimir Putin; Venezuela, com Hugo Chávez; Equador, com Rafael Correa; Turquia, com Recep Tayyip Erdoğan, Hungria, com Viktor Orbán e Polônia, com Jarosław Kaczyński.

²¹ “*Democratorships are, as the term implies, suspended between democracy and dictatorship with features of both*”. SCHEPPELE, Kim Lane. “Worst Practices and the Transnational Legal Order (How do Build a Constitutional “Democratorship” in Plain Sight)”. Background paper. Wright Lecture, University of Toronto, Nov. 2, 2016, p. 4. Disponível em: https://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/documents/events/wright-scheppele2016.pdf Acesso em 20 de junho de 2020.

²² Conforme tradução dos professores Estefânia Barboza e Ilton Norberto Filho (BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz; ROBL FILHO, Ilton Norberto. “Constitucionalismo abusivo: fundamentos teóricos e análise da sua utilização no Brasil contemporâneo”. *Direitos Fundamentais & Justiça*, n. 39, ano 12, jul./dez. 2018, Belo Horizonte, p. 79-97.)

²³ LANDAU, David. “Abusive Constitutionalism” (April 3, 2013). 47 UC Davis Law Review 189 (2013); FSU College Law, *Public Law Research Paper* No. 646, p. 199.

²⁴ *Idem*.

²⁵ Por exemplo, aumentando o número de ministros da Suprema Corte, de modo que o atual governo obtenha a maioria dos votos ou também diminuindo a idade para aposentadoria compulsória.

²⁶ ALTERIO, Ana Micaela. “Reactive vs Structural Approach: A Public Law Response to Populism.” *Global Constitutionalism*, vol. 8, no. 2, 2019, pp. 270–296, doi:10.1017/S2045381719000029.

²⁷ SCHEPPELE, Kim Lane. *Op cit.*; LANDAU, David. *Op. cit.*

3. TÁTICAS USADAS PELOS AUTOCRATAS HIPÓCRITOS: COMO IDENTIFICÁ-LOS?

Como esses autocratas usam métodos legais/constitucionais e a retórica da democracia, os observadores internacionais acham difícil de verificar quando eles ascendem ao poder. Assim, geralmente, esses regimes satisfazem esses atores, na medida em que são suficientemente (formalmente) democráticos para evitar sanções²⁸.

O problema de não identificar a tempo é o perigo de que isso seja feito tarde demais, quando a democracia já chegou completamente ao fim²⁹.

O primeiro passo para concluir que o regime democrático está sob ataque, nesses moldes, é identificar parâmetros para definir o grau democrático de um país e o perfil de seus governantes.

Levitsky e Ziblatt, na obra “Como as democracias morrem”, apresentam um teste (atualizado) que Juan Linz elaborou em 1978 que representa a “prova dos nove” para identificar políticos antidemocráticos. Segundo esse teste, existem quatro sinais de alerta que podem ajudar a identificar um político autoritário. “Um político que se enquadre mesmo em apenas um desses critérios é motivo de preocupação”³⁰.

Os critérios para a prova dos nove são: 1) rejeição às regras democráticas do jogo (ou compromisso débil com elas); 2) negação da legitimidade dos oponentes políticos, descrevendo-os como ameaça, criminosos e opostos à ordem constitucional vigente; 3) tolerância ou encorajamento à violência e 4) propensão à restringir as liberdades civis de seus oponentes, inclusive a mídia.³¹

²⁸ LANDAU, David. “Abusive Constitutionalism” (April 3, 2013). 47 UC Davis Law Review 189 (2013); FSU College Law, *Public Law Research Paper* No. 646.

²⁹ SCHEPPELE, Kim Lane. “Autocratic Legalism”. *The University of Chicago Law Review*. Vol. 85. Issue 2, March 2018. Disponível em: <https://lawreview.uchicago.edu/publication/autocratic-legalism> Acesso em 20 de junho de 2020.

³⁰ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 32.

³¹ Interessante notar que à época das eleições presidenciais no Brasil, em 2018, Levitsky aplicou o teste ao então candidato à presidência da República Jair M. Bolsonaro, concluindo que Bolsonaro era “inequivocamente autoritário”, “mais abertamente autoritário do que Chávez, Fujimori, Erdogan ou Viktor Orban. Nenhum desses candidatos abraçou a ditadura da maneira como Bolsonaro faz”. Bolsonaro conseguiu preencher todos os critérios. (LEVITSKY, Steven. Bolsonaro ameaça a democracia brasileira. Folha de São Paulo. São Paulo, 31 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/steven-levitsky/2018/08/bolsonaro-ameaca-a-democracia-brasileira.shtml> Acesso em 30 de julho de 2020.)

De modo distinto, mas não incompatível, Landau³² analisa o grau de democracia de um país a partir de duas dimensões distintas: a) a esfera eleitoral e o grau em que as figuras de oposição e situação competem em igualdade de condições e; b) a extensão da proteção dos direitos dos indivíduos e dos grupos minoritários. O retrocesso no campo eleitoral parece estar altamente correlacionado com o retrocesso em questões de direitos. Nesse sentido, essas duas dimensões podem servir de parâmetro para verificarmos se uma democracia está em risco.

Para Scheppele³³ é possível identificar um kit de ferramentas que os autocratas legalistas usam (ou podem usar) e compartilham entre si:

- a) eles usam táticas de alteração ou substituição da constituição para permanecer no poder e/ou concentrar seus poderes³⁴;
- b) eles lançam um ataque concertado a instituições cujo trabalho é verificar suas ações ou regras que o responsabilizam. Assim, por exemplo, promovem discurso de ataque ao judiciário, com vistas a desmoralizá-lo perante o público³⁵; promovem emparelhamento do judiciário, com aumento de juízes das cortes ou aposentadoria antecipada, etc;³⁶

³² LANDAU, David. "Abusive Constitutionalism" (April 3, 2013). 47 UC Davis Law Review 189 (2013); FSU College Law, Public Law Research Paper No. 646, p. 195.

³³ SCHEPPELE, Kim Lane. "Autocratic Legalism". *The University of Chicago Law Review*. Vol. 85. Issue 2, March 2018, p. 556. Disponível em: <https://lawreview.uchicago.edu/publication/autocratic-legalism> Acesso em 20 de junho de 2020.

³⁴ Hugo Chávez, na Venezuela, Rafael Correa, no Equador e Viktor Orbán, na Hungria, utilizaram seus primeiros mandatos para reescrever e até substituir a Constituição. Na Venezuela, a Constituição, feita por uma chavista, estabeleceu uma presidência forte, eliminou o Senado, deu poder ao presidente de convocar referendos para cassar os legisladores, proibiu financiamento de partidos políticos (enfraquecendo a oposição). Em 2009, conseguiu a aprovação da abolição dos limites para reeleição presidencial. No Equador, Rafael Correa, assim que foi eleito, solicitou a convocação de uma nova assembleia constituinte. Aprovada em referendo, a nova constituição equatoriana aumentou os poderes do Presidente, deu-lhe poder de convocar referendos, vetar parcialmente as leis e concorrer as eleições mais uma vez. Na Hungria, assim que venceu as eleições obtendo 68% dos assentos no Parlamento, o partido Fidesz iniciou uma série de alterações na Constituição até elaborar uma nova. As alterações provocadas pelo partido Fidesz concentraram poder nas mãos do partido, removeram obstáculos para a elaboração de uma nova Constituição, atacaram a independência do judiciário, da mídia, e demais instituições de controle.

³⁵ É recorrente, no Brasil, o discurso do Presidente da República contra o Supremo Tribunal Federal, incitando, inclusive, o povo conta a corte constitucional brasileira. (FERNANDES, Talita; PUPO, Fábio. Bolsonaro volta a apoiar ato contra STF e Congresso e diz que Forças Armadas estão 'ao lado do povo'. *Folha de S. Paulo*. Brasília, 03 de maio de 2020. Disponível em:

<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/05/ato-pro-bolsonaro-em-brasilia-tem-carreata-e-xingamentos-a-moro-stf-e-congresso.shtml> . Acesso em 07 de agosto de 2020.)

³⁶ Na Hungria, por exemplo, o partido de Viktor Orbán (Fidesz), o qual tinha a maioria no Parlamento, emendou a Constituição de modo a mudar a seleção de juízes do Tribunal Constitucional. Antes dessa alteração, a seleção dependia de um acordo entre os partidos sobre as nomeações dos candidatos às vagas. Após, bastava a aprovação de 2/3 do parlamento (facilmente obtido pelo governo) para que a nomeação fosse aprovada. Além disso, as alterações constitucionais alteraram a jurisdição do Tribunal constitucional de modo a retirar matérias relativas a questões fiscais e questões

- c) a imprensa crítica do governo não é completamente censurada, mas é enfraquecida, pois tanto o governo quanto seus apoiadores não investem em publicidade nesses canais, inviabilizando, por vezes, sua sobrevivência;³⁷
- d) eles não aniquilam totalmente seus oponentes, que, ao invés de serem presos, são, no caso dos estrangeiros, expulsos do país³⁸;
- e) seus opositores não são perseguidos como nas ditaduras tradicionais. Nas autocracias legalistas, eles são demitidos de seus empregos ou são tão pressionados que desistem e vão embora do país³⁹;
- f) os oponentes são assediados por acusações criminais⁴⁰;
- g) as eleições são fraudadas de maneiras técnicas nos bastidores, ou alterações legais são realizadas para favorecer um partido;
- h) eles assumem um discurso populista, insistindo que falam em nome das maiorias que os levaram ao poder⁴¹.

sobre distribuição de competência entre o Executivo e o Parlamento. Adicionalmente, o pacote de alterações ampliou o número de membros do Tribunal Constitucional, permitindo que Fidesz nomeasse a maioria dos membros da corte. (TUSHNET, Mark V., “Authoritarian Constitutionalism” (December 18, 2013). *Harvard Public Law Working Paper* No. 13-47, p. 66-67. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2369518>. Acesso em 10 de setembro de 2020)

³⁷ No Brasil, o presidente Jair Messias Bolsonaro tem atacado constantemente os jornalistas que o criticam, chegando a excluir a Folha de São Paulo da relação de veículos nacionais e internacionais exigidos em licitação para fornecimento de acesso digital ao noticiário da imprensa, em edital de pregão eletrônico publicado em 28 de novembro de 2019 (URIBE, Gustavo. Bolsonaro cumpre ameaça e exclui folha de licitação da presidência para assinatura de jornais. *Folha de São Paulo*. Brasília, 05 de agosto de 2020. Disponível em

<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/bolsonaro-cumpre-ameaca-e-exclui-folha-de-licitacao-da-presidencia-para-assinatura-de-jornais.shtml> Acesso em 05 de agosto de 2020). Após pressão da mídia e da oposição, Bolsonaro revogou o edital que excluía o jornal, oito dias depois de o edital ter sido anunciado. Porém, já no dia 31 de outubro de 2019, o Presidente havia determinado o cancelamento de todas as assinaturas da Folha de São Paulo no âmbito do governo federal.

³⁸ Em Cingapura, por exemplo, a Lei da Calúnia impõe maiores indenizações quando um funcionário do governo é acusado falsamente de corrupção. Os funcionários do governo puderam usa-la para requerer indenizações individuais por danos desses críticos ao governo. “A responsabilidade por danos é particularmente eficaz por causa de sua interação com as regras eleitorais de Cingapura, que tornam as pessoas com falências não apuradas inelegíveis para cargos públicos.” (Tradução livre. TUSHNET, Mark V., *Authoritarian Constitutionalism* (December 18, 2013). *Harvard Public Law Working Paper* No. 13-47, p. 17. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2369518>. Acesso em 10 de setembro de 2020)

³⁹ Na Turquia, há relatos de professores que foram exonerados de seus cargos sem o devido processo legal, como o que ocorreu com Dr. Murat Tuncer, ex-Reitor da Universidade Hacettepe em Ancara, o qual foi acusado levemente pelo governo de participar da organização FETO, proibida no país. (EUROPEAN UNIVERSITY ASSOCIATION. *Academic freedom in Turkey: EUA calls for the liberation of former Rector Murat Tuncer*. 26 de nov. de 2019. Disponível em: <https://eua.eu/news/428:academic-freedom-in-turkey-eua-calls-for-the-liberation-of-former-rector-murat-tuncer.html>)

⁴⁰ Em 2019, o governo turco prendeu estudantes por terem assinado a petição “*Academics for Peace*”. (*Ibid*)

O diagnóstico dos regimes híbridos é problemático, pois os organismos internacionais e internos que observam os regimes democráticos costumam fazer análises fragmentadas, por *check list*. Nesse sentido, as análises são feitas isoladamente, medida por medida, no sentido de verificar se estão de acordo com os princípios liberais da democracia. Por exemplo, eles verificam se existem eleições periódicas, se existe uma Constituição, se aparentemente existem as instituições de controle, etc. Porém, muitos mecanismos que, isoladamente, podem ser considerados democráticos, ou pelo menos não violadores da democracia, quando analisado em conjunto com outros, podem promover grandes retrocessos democráticos. Por exemplo, uma emenda constitucional que permita o aumento do mandato presidencial, em si, não é violadora do princípio democrático, porém, quando combinada com outros dispositivos, por exemplo, diminuição da idade de aposentadoria dos juízes da corte constitucional, pode representar um conjunto de ações articuladas que concentram poderes nas mãos do Presidente e enfraquecem o Judiciário.

Deste modo, o diagnóstico deve ser contextual, articulado, e não fragmentado, pois a interação entre diferentes alterações promovidas pode ser fatal para o regime democrático.

Scheppele⁴² propõe, assim, um novo padrão normativo pelo qual podemos avaliar os sistemas constitucionais de governo: uma democracia deve ser autossustentável. Isso significa que é preciso verificar se as ações governamentais estão impedindo que gerações futuras tenham autonomia de governo, ou que gerações futuras possam ter acesso ao poder. Na democracia autossustentável, as

⁴¹ Durante a posse de Fábio Faria no Ministério das Comunicações, em 17 de junho deste ano (2020), o Presidente da República, Jair M. Bolsonaro, na presença do presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, e então presidente do STF, Dias Toffoli, declarou que “Povo é quem diz o que as instituições devem fazer”. (GULLINO, Daniel; GRILLO, Marco. Presidente afirmou que Poderes precisam respeitar 'cada artigo' da Constituição. O Globo, Brasília, 17 de junho de 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/povo-quem-diz-que-as-instituicoes-devem-fazer-diz-bolsonaro-24484052> . Acesso em 05 de agosto de 2020.)

⁴² Democracia autossustentável, para a autora, representa “um sistema em que as pessoas podem continuar ao longo do tempo escolhendo seus líderes, responsabilizando-os e alternando o poder quando os líderes decepcionam. A frustração temporária de uma maioria democrática em nome de um compromisso de longo prazo de garantir que as maiorias democráticas continuem a escolher seus líderes no futuro pode ser justificada levando a dignidade e a liberdade dos indivíduos – incluindo as minorias agora, bem como pessoas futuras mais tarde – como obrigações centrais da governança constitucional” (SCHEPPELE, Kim Lane. “Autocratic Legalism”. The University of Chicago Law Review. Vol. 85. Issue 2, March 2018, p, 557. Disponível em: <https://lawreview.uchicago.edu/publication/autocratic-legalism> Acesso em 20 de junho de 2020.)

peças podem continuar, ao longo do tempo, a escolher seus líderes, responsabiliza-los e alternar o poder quando seus líderes as decepcionam.

CONCLUSÃO

No século XXI vemos que a história não teve seu fim com o encerramento da Guerra Fria e a vitória de um modelo hegemônico: o liberal. De fato, é a partir da hegemonia das democracias liberais que os novos autocratas buscam novas formas de chegar ao poder e deteriorar a democracia constitucional. Sabendo que as democracias constitucionais se tornaram o modelo de *Rule of Law* sedimentado globalmente, os novos autocratas usam disfarces legais e constitucionais para atacar o regime democrático, concentrando poderes e violando direitos fundamentais.

Assim, esses novos populistas emergem ao poder mediante eleições relativamente livres. Após isso, adotam uma série de atos que a princípio são dotados de legalidade e de constitucionalidade com o fim de implementar seu projeto autoritário de poder.

Como vimos, os modos de concentração de poder atualmente são mais sutis que os golpes de Estado do século passado. Ao invés de colocarem tanques nas ruas, fecharem o Congresso e cassarem expressamente as decisões do Tribunal Constitucional, eles aparelham o judiciário por meio de emendas constitucionais, por exemplo, aumentando o número de ministros da Corte; promovem uma série de reformas legais e constitucionais que paulatinamente lhe concentram poder (como permissão para reeleições e alterações na divisão de competência entre os poderes); fazem uma série de acordos nos bastidores para promover a maioria parlamentar e conseguem aprovação de leis que também favorecem o controle sob o parlamento. Eles não decretam pena de morte dos opositores e fechamento da imprensa, eles usam de mecanismos legais para enfraquece-los, por exemplo, utilizando a máquina do judiciário com ações de indenização ou criminalização de atos de protesto.

Todas essas medidas analisadas isoladamente têm aparência de legalidade e constitucionalidade, o que torna muito mais difícil de detectar o risco à democracia e

aos direitos fundamentais. Mas gradativamente vão minando as liberdades fundamentais que sustentam um regime democrático: as liberdades civis e políticas.

Assim, a análise atual deve ser contextual, pois uma determinada medida, isoladamente, pode ter aparência de legalidade, porém, em determinado contexto, ela demonstra um instrumento de ataque à democracia e aos direitos fundamentais.

Segundo Scheppelle, somente um compromisso constitucional com a democracia autossustentável⁴³ proíbe um líder eleito de simplesmente abolir futuras eleições e assim, implantar um regime inteiramente ditatorial.

Não há Constituição e democracia sem proteção de direitos fundamentais. Em razão disso, tais direitos são alvos principais de ataques de regimes autoritários. Essa foi uma das grandes lições das revoluções liberais do século XVII e XVIII. Por isso, as instituições democráticas, especialmente as de controle necessitam estar atentas a esses ataques sutis ao regime democrático e criar novos mecanismos de proteção da democracia e dos direitos constitucionalmente garantidos.

REFERÊNCIAS

ALTERIO, Ana Micaela. “Reactive vs Structural Approach: A Public Law Response to Populism.” *Global Constitutionalism*, vol. 8, no. 2, 2019, pp. 270–296, doi:10.1017/S2045381719000029.

BALKIN, Jack M.. “Constitutional Rot”. Yale Law School, *Public Law Research Paper* No. 604. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2992961>

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

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; INOMATA, Adriana. “Constitucionalismo abusivo e o ataque ao Judiciário na democracia brasileira”. In CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; DIAS, Roberto (organizadores): *Crise das democracias liberais: perspectivas para os direitos fundamentais e a separação de poderes*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2019, páginas 421-442.

EUROPEAN UNIVERSITY ASSOCIATION. *Academic freedom in Turkey: EUA calls for the liberation of former Rector Murat Tuncer*. 26 de nov. de 2019. Disponível em:

⁴³ SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic Legalism. *The University of Chicago Law Review*. Vol. 85. Issue 2, March 2018, p, 557. Disponível em: <https://lawreview.uchicago.edu/publication/autocratic-legalism> Acesso em 20 de junho de 2020.

<https://eua.eu/news/428:academic-freedom-in-turkey-eua-calls-for-the-liberation-of-former-rector-murat-tuncer.html>

FERNANDES, Talita; PUPO, Fábio. “Bolsonaro volta a apoiar ato contra STF e Congresso e diz que Forças Armadas estão 'ao lado do povo'”. *Folha de S. Paulo*. Brasília, 03 de maio de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/05/ato-pro-bolsonaro-em-brasilia-tem-carreata-e-xingamentos-a-moro-stf-e-congresso.shtml> . Acesso em 07 de agosto de 2020.

FUKUYAMA, Francis. “The end of history?” *The national interest*, n. 16, 1989, p. 3-18.

FREEDOM HOUSE. *Freedom in the world 2020*. 2020. Disponível em: https://freedomhouse.org/sites/default/files/2020-02/FIW_2020_REPORT_BOOKLET_Final.pdf. Acesso em 07 de setembro de 2020.

GULLINO, Daniel; GRILLO, Marco. “Presidente afirmou que Poderes precisam respeitar 'cada artigo' da Constituição”. *O Globo*, Brasília, 17 de junho de 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/povo-quem-diz-que-as-instituicoes-devem-fazer-diz-bolsonaro-24484052> . Acesso em 05 de agosto de 2020.

HADDAD, Naief. “Bolsonaro defende o autoritarismo, não os valores militares, diz historiadora”. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 28 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/08/bolsonaro-defende-o-autoritarismo-nao-os-valores-militares-diz-historiadora.shtml> Acesso em 30 de julho de 2020.

HALLIDAY, Terrence; SHAFFER, Gregory (ed.). *Transnational Legal Order*. New York: Cambridge University Press, 2014.

LANDAU, David. “Abusive Constitutionalism” (April 3, 2013). 47 UC Davis Law Review 189 (2013); FSU College Law, *Public Law Research Paper* No. 646.

LEVITSKY, Steven; Lucan WAY. *Competitive Authoritarianism: Hybrid Regimes After the Cold War*. New York: Cambridge University Press, 2010.

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

LEVITSKY, Steven. “Bolsonaro ameaça a democracia brasileira”. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 31 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/steven-levitsky/2018/08/bolsonaro-ameaca-a-democracia-brasileira.shtml> Acesso em 30 de julho de 2020.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006

SCHEPPELE, Kim Lane. “Worst Practices and the Transnational Legal Order (How do Build a Constitutional “Democratorship” in Plain Sight). *Background paper*”. Wright Lecture, University of Toronto, Nov. 2, 2016. Disponível em:

https://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/documents/events/wright-scheppele2016.pdf Acesso em 20 de junho de 2020.

SCHEPPELE, Kim Lane. "Autocratic Legalism". *The University of Chicago Law Review*. Vol. 85. Issue 2, March 2018. Disponível em: <https://lawreview.uchicago.edu/publication/autocratic-legalism> Acesso em 20 de junho de 2020.

TUSHNET, Mark V., "Authoritarian Constitutionalism" (December 18, 2013). *Harvard Public Law Working Paper* No. 13-47, p. 17. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2369518>. Acesso em 10 de setembro de 2020)

TUSHNET, Mark. "Constitutional Hardball", 37 *J. Marshall L. Rev.* 523 (2004). Disponível em: <https://dash.harvard.edu/handle/1/12916580> . Acesso em: 30 de julho de 2020.

URIBE, Gustavo. "Bolsonaro cumpre ameaça e exclui folha de licitação da presidência para assinatura de jornais". *Folha de São Paulo*. Brasília, 28 de novembro de 2019. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/bolsonaro-cumpre-ameaca-e-exclui-folha-de-licitacao-da-presidencia-para-assinatura-de-jornais.shtml> Acesso em 05 de agosto de 2020.