

Democracia Defensiva no Brasil?: Uma Análise Conceitual e Jurisprudencial

Gustavo Justino de Oliveira¹

Pedro da Cunha Ferraz²

Resumo: Diante das experiências antidemocráticas vivenciadas, sobretudo, no correr do século XX, foram elaboradas diversas reações políticas e jurídicas em prol da manutenção do regime democrático. Nesse sentido, surge o conceito de “Democracia Defensiva”, sendo, inclusive, empregado em decisões judiciais na Alemanha e em Israel. Considerando a atualidade da temática, bem como sua relevância social – principalmente em razão da retomada de movimentos antidemocráticos – o presente artigo buscou se debruçar sobre o tema da “Democracia Defensiva”, de modo a delimitar seu conceito técnico e analisar a jurisprudência internacional sobre o assunto. Por fim, análise semelhante foi traçada a partir da jurisprudência do STF, com o escopo de transportar o debate para o debate jurídico nacional e, com isso, enriquecer as discussões sobre os mecanismos jurídicos de defesa da democracia.

Palavras-chave: Democracia Defensiva; delimitação conceitual; experiência internacional; defesa do regime democrático; a jurisprudência do STF.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. A gênese da Democracia Defensiva. 2.1 O conteúdo do conceito. 3. Um pouco da experiência estrangeira: a democracia militante na Alemanha e em Israel. 3.1 Alemanha. 3.2 Israel. 4. Democracia Defensiva no Brasil? 4.1 A utilização implícita da Democracia Defensiva pelo STF: os casos recentes das medidas cautelares da ADI nº 6.121-DF e da ADPF nº 622-DF. 5. Conclusão. Bibliografia.

¹ Professor de Direito Administrativo na Universidade de São Paulo (USP) e no Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP). Advogado, Consultor Jurídico e Árbitro especializado em Direito Público. Sócio-fundador do escritório Justino de Oliveira Advogados. E-mail para contato: gjoliveira@usp.br. Orcid: 0000-0002-2414-9243. Link Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7719479896871993>.

² Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Advogado especializado em Direito Público. E-mail para contato: pedrodferraz@hotmail.com. Link Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5170593626839770>.

1. Introdução.

É célebre o paradoxo da intolerância exposto por Karl Popper (2013) em seu “*The Open Society and Its Enemies*”.³ O autor sustenta que a tolerância ilimitada leva, paradoxalmente, ao fim da tolerância.

Explica-se: segundo Popper, caso seja permitido o emprego, sem limitações, da intolerância, os tolerantes serão suprimidos e a tolerância restará desaparecida. Assim, o que o autor propõe é que, caso não seja possível a argumentação racional com os intolerantes, as suas manifestações sejam suprimidas em razão do risco que provocam à manutenção de um ambiente tolerante. Isto é, seria necessário ser intolerante com os intolerantes, a fim de que se possa manter a ordem democrática.

Ainda que localizada em uma obra de cunho filosófico, a questão colocada pelo autor frequentemente ganha concretude em diversos momentos de sociedades distintas: até que ponto a democracia permite a manifestação de ideias que lhe são contrárias à sua própria existência?

Esta indagação parecia ter perdido o sentido no transcurso recente da história mundial. Afinal, após o fim da Guerra Fria, propagava-se “o fim da história” diante da expansão e consolidação da democracia liberal, cujo triunfo como narrativa fez com que intelectuais e políticos viessem a acreditar que o modelo democrático liberal encerraria as grandes questões e intempéries da humanidade. Parecia inevitável o esgotamento da preocupação com o risco proporcionado por movimentos políticos antidemocráticos.

No entanto, na segunda década do século XXI, diversos movimentos políticos antidemocráticos e iliberais ganharam evidência; vários governos passaram a ser ocupados por líderes da extrema direita. O Brasil, infelizmente, não escapou a essa sina.

Essa onda antidemocrática levou à necessária reflexão acerca da presença, ou não, de mecanismos de defesa da democracia dentro da organização político-constitucional dos Estados Democráticos. Esse tema voltou à ordem do dia. Na filosofia política, ciência política e teorias constitucionais internacionais é, tradicionalmente, discutido sob os conceitos de “democracia militante” ou de “democracia defensiva”.

³ POPPER, Karl. *The open society and its enemies – one volume edition*. Princeton university press, 2013.

O presente artigo pretende fazer uma investigação dogmática e jurisprudencial constitucional sobre o fenômeno da “democracia defensiva”, iniciando-se por um delineamento do conceito para, depois, realizar uma breve incursão no direito comparado em dois países nos quais a democracia defensiva é reconhecida normativa e jurisprudencialmente: Alemanha e Israel. Feita essas análises que permitem fixar os contornos da democracia defensiva, avaliar-se-á o cenário no Brasil, considerando a utilidade do conceito em face do histórico da jurisprudência constitucional brasileira, com mais atenção ao início do Governo Bolsonaro (2019-2020).

2. A gênese da Democracia Defensiva

Democracia defensiva é um conceito utilizado para explicar os mecanismos de defesa empregados por Estados Democráticos em face de partidos e grupos não democráticos.

O desenvolvimento do conceito de democracia defensiva ocorreu por filósofos e acadêmicos que “discutiram longamente como a democracia pode se defender melhor das forças políticas que, sob a proteção de princípios democráticos procuram destruir a ordem democrática e substituí-la por um estado autocrático” (SERIK, 2014, p. 20).⁴

Apesar de questões relacionadas à democracia defensiva remontarem ao início da teoria democrática,⁵ somente no século 20 é que a questão da democracia defensiva foi abordada de uma maneira mais sistemática e completa.

O evento histórico que impulsionou esse desenvolvimento teórico mais vigoroso foi o colapso de diversas democracias europeias no período entreguerras. Nesse momento, partidos e grupos exploraram instituições e liberdades democráticas para provocar o fim das mesmas. Além disso, no pós-Segunda Guerra Mundial, surgiram novas ameaças emanadas de partidos e grupos políticos que contestavam os valores democráticos.

⁴ SERIK, Beimenbetov. *A comparative analysis of 'Defensive Democracy': a cross-national assessment of formal-legal defensiveness in 8 advanced European democracies* [Thesis for the degree of Doctor of Philosophy in Politics]. University of Exeter, 2014, p. 20. No original: “Numerous scholars and philosophers have discussed at length how a democracy can best defend itself from political forces who under the protection of democratic principles seek to destroy the democratic order and replace it with an autocratic state.”

⁵ Idem, *ibidem*.

Esse cenário forçou muitos pensadores de todo o mundo a estudarem como as democracias podem criar mecanismos de defesa contra aqueles que procuram destruí-las por dentro.

Nos anos 30 e 40, Karl Loewenstein e Karl Manheim defenderam a ideia de “democracia militante” (conceito que, em larga medida, se confunde com o de democracia defensiva) – especialmente Karl Loewenstein, que definiu o conceito de “democracia militante” e sistematizou uma classificação de medidas legais relacionadas. Esclarece Beimenbetov Serik (2014, p. 22) que:

Essa nova doutrina da democracia militante foi destinada a reforçar o aparato legislativo dos estados democráticos para facilitar a repressão dos direitos políticos e civis dos atores internos não democráticos, mesmo com o risco e custo de violar princípios fundamentais.⁶

De acordo com Jan-Werner Müller (2012, p. 536), para quem os conceitos de democracia militante, democracia defensiva e “*fighting democracy*” se referem à mesma ideia, o Tribunal Constitucional alemão, no começo dos anos 50, adotou expressamente a teoria da democracia militante em uma decisão na qual se expôs que “a Constituição havia tomado uma ‘decisão básica’ a favor de uma compreensão substantiva (em oposição à formal) da democracia, um conjunto de valores que precisa ser defendido contra seus inimigos declarados”.⁷

2.1 O conteúdo do conceito

Como o percurso histórico do conceito de democracia defensiva indica, trata-se de uma ideia conectada à defesa da democracia em face de grupos antidemocráticos, o que se faz por meio de instrumentos de limitações às liberdades públicas.

Inexoravelmente, o conceito de democracia defensiva alia ao conceito de democracia formal (vontade da maioria) uma dimensão substancial. Só que não se esgota na ideia de valores básicos a serem defendidos; vai além, abarcando, também, a

⁶ No original: “This new doctrine of militant democracy aimed at reinforcing the legislative apparatus of democratic states to facilitate the legal repression of the political and civil rights of internal non-democratic actors ‘even at the risk and cost of violating fundamental principles’”.

⁷ MULLER, Jan-Werner. *A “Practical Dilemma Which Philosophy Alone Cannot Resolve”?* *Rethinking Militant Democracy: An Introduction. Constellations* Volume 19, Nº 4, Balckwell Publishing, USA: 2012, p. 536. “the Constitution had made a “basic decision” in favor of a substantive (as opposed to formal) understanding of democracy, a set of values that had to be defended against its declared enemies.”.

presença de mecanismos de defesa contra as agressões às instituições básicas da democracia na engenharia constitucional do Estado.

Em uma definição sintética de democracia militante, Pfersmann (2004, p. 47) define-a como “uma estrutura política e jurídica destinada a preservar a democracia contra aqueles que querem derrubá-la de dentro ou aqueles que querem destruí-la abertamente de fora, utilizando instituições democráticas e apoio das populações.”⁸

Como já dito, “democracia militante” é um conceito que aparentemente se confunde com o de “democracia defensiva”.

No entanto, um conceito bem estruturado de “democracia defensiva”, desenvolvido por Giovanni Capoccia (2007, p. 47-48), possui uma amplitude que o distanciaria do conceito de “democracia militante”, uma vez que:

abrange todas as atividades, sejam elas disposições formais ou estratégias políticas explicitamente e diretamente adotadas para proteger o sistema democrático da ameaça de seus oponentes internos.⁹

Desse modo, o conceito de democracia defensiva excluiria: (i) reações a inimigos externos e (ii) reações a atores não democráticos realizadas pela sociedade civil. Delineando a sua definição, Capoccia identifica principais estratégias defensivas relevantes para a defesa da democracia contra os grupos e partidos políticos não democráticos: (i) militância; (ii) incorporação; (iii) expurgação; e, (iv) educação.

Na descrição de Beimenbetov Serik (2014, p. 24-25), Capoccia conceitua assim as linhas de estratégia da democracia defensiva:¹⁰

A “militância” compreende todos os instrumentos legais que pretendem coibir os direitos políticos e civis de atores não democráticos com base em sua ideologia política ou atividades que ameaçam a ordem democrática. Abarca, assim, a edição de legislação anti-extremista e disposições administrativas, bem como a influência sobre a atuação da Administração e do Judiciário.

⁸ PFERSMANN Otto. *Shaping Militant Democracy: Legal Limits to Democratic Stability*. In *Militant Democracy*, ed. Andrés Sajó, pp.47-68. Utrecht: Eleven International Publishing, 2004, p. 47.

⁹ CAPOCCIA, Giovanni. *Defending democracy: reactions to extremism in interwar Europe*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2007, p. 47-48. No original: “encompasses all activities, be they formal provisions or political strategies, that are explicitly and directly undertaken to protect the democratic system from the threat of its internal opponents”.

¹⁰ SERIK, Beimenbetov. Op. Cit., p. 24-25.

A segunda estratégia é a "incorporação", a qual compreende ações usadas pelos partidos democráticos estabelecidos para dissipar ideologias não democráticas, aceitando no regime partes dos posicionamentos não democráticos, construindo alianças estratégicas com eles no parlamento ou fazendo concessões políticas e liderando negociações com eles. O principal objetivo dessa estratégia é enfraquecer o campo extremista de maneira que aumente a legitimidade do regime democrático. É adotada quando o perigo é iminente, pois tem potencial de alcançar resultado em curto prazo.

A expurgação, por sua vez, visa garantir a lealdade sistêmica dos servidores públicos, aprovando leis que exigem que estes mostrem apoio à ordem democrática, ou destinadas a excluir os membros de partidos não democráticos e seus grupos do exercício da função pública. Busca-se, assim, reforçar a integridade do maquinário institucional e burocrático do Estado.

Por fim, a educação pretende fortalecer valores e crenças democráticas na sociedade em geral e entre a parte da população afetada ou exposta à influência extremista em particular.

Serik (2014, p. 51), que utiliza o conceito de democracia defensiva de Capoccia, aponta ser ele mais operacional, pois o conceito de democracia militante,

principal conceito paradigmático no estudo das respostas democráticas à inimigos da democracia, não é mais suficiente como um marco teórico e empírico para estudar a gama de mecanismos legais contemporâneos que as democracias empregam contra partidos e grupos não democráticos e é ineficaz em capturar as variações entre eles em termos de formalidade jurídica defensiva democrática.¹¹

Ou seja, na visão do referido autor, o conceito de democracia defensiva pode ser descolado do de democracia militante por permitir abarcar um conteúdo menos formal e mais abrangente.

3. Um pouco da experiência estrangeira: a democracia militante na Alemanha e em Israel

¹¹ SERIK, Beimenbetov. Op. Cit., p. 51. No original: “*the main paradigmatic concept in the study of democratic responses to democracy’s enemies, is no longer sufficient as a theoretical and empirical framework to study both the range of legal mechanisms contemporary democracies employ against non-democratic parties and groups and is ineffective in capturing the variations between them in terms of formal-legal democratic defensiveness.*”.

Tradicionalmente, a democracia militante é identificada com teorias, dispositivos normativos e decisões judiciais desenvolvidas na Alemanha e em Israel. Isso é motivado por razões históricas que tornaram esses Estados um terreno propício à ideia de que a democracia depende de mecanismos estatais que a tutelem da ação predatória internas que neguem os fundamentos da democracia.

A democracia militante praticada em cada um desses Estados possuía nuances próprias em razão dos aspectos culturais que os conformam; assim, a exposição de ambos os casos serve para ilustrar caminhos possíveis de solidificação de uma cultura de democracia militante ou defensiva.

3.1 Alemanha

Não bastasse a democracia militante ter seu nascedouro na Alemanha, neste país o chamado “princípio da democracia militante” possui larga utilização. Neste sentido, é a lição de Markus Thiel (2009, p. 109):

O princípio da “democracia militante” é elemento do direito constitucional alemão. Pelo menos na jurisdição contenciosa do *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal), a militância é reconhecida como uma característica significativa da Constituição alemã, a *Grundgesetz* (Lei Básica), e do sistema político.¹²

A importância dada ao aspecto militante da democracia se deve à consciência de que a República de Weimar falhou em defender a si mesma da destruição. Dessa amarga experiência, os criadores da Lei Básica alemã, de acordo com a opinião prevalecente entre os estudiosos do Direito e das ciências políticas, inauguraram a nova democracia como um sistema com ‘valores’ e “vigilante”; ‘pronto para se defender’ e ‘pronto para lutar’; ‘bem fortificado’; ‘batalhador’; ou, até, ‘militante’.

Esclarece Markus Thiel (2009, p. 109) que:

¹² THIEL, Markus. *Germany*. In: THIEL, Markus (edited by). *The militant democracy principle in modern democracies*. Ashgate Publishing Limited. 2009, p. 109. No original: “The principle of a ‘militant democracy’ is a fundamental element of German Constitutional Law. At least in the contentious jurisdiction of the *Bundesverfassungsgericht* (the Federal Constitutional Court) militancy is acknowledged as a significant feature of the German Constitution, the *Grundgesetz* (Basic Law) and of the political system.”.

Surpreendentemente, nenhum desses atributos pode ser encontrado no texto da Constituição. Os meios disponíveis para uma interpretação da constituição de acordo com os cânones textuais para exegese literal, portanto são escassos. Além disso, o escopo das denominações, que vão desde a defensiva passiva "Vigilante" para o ofensivo "batalhador" ou "militante", esclarece o problema de dar forma ao princípio de uma democracia militante e de incorporá-la ao a 'realidade constitucional'.¹³

Ainda assim, explica Thiel (2009, p. 109) que “a Alemanha implementou uma concepção bastante explícita 'de democracia militante' em sua constituição e o caso alemão é apropriado para exemplificar o conceito como uma atual cristalização na Constituição.”¹⁴

Desse modo, o referido autor pontifica que, “[p]ortanto, a questão da 'democracia militante' ocasionalmente foi caracterizada como uma 'tradição alemã' ou mesmo um “problema alemão” (THIEL, 2009, p. 109).¹⁵

Inicialmente, o *Bundesverfassungsgericht*, Tribunal Constitucional Alemão, implementou a ideia da “democracia militante” em 1956, na chamada “decisão KPD”. Nesse caso, utilizou-se o termo em uma função principalmente descritiva, mostrando-se ciência do caráter problemático de tal princípio (THIEL, 2009, p. 111).¹⁶ Nesta decisão paradigmática, o Tribunal decidiu o seguinte:

O Artigo 21, Seção 2, da Lei Básica... não entra em conflito com um princípio da constituição; é uma expressão da vontade da consciência política constitucional de resolver um problema limite da liberdade democrática do Estado, reflexo das experiências do legislador constitucional, que achou que não conseguiu realizar o princípio da neutralidade do Estado em relação aos partidos políticos de uma forma pura em uma situação histórica específica, um reconhecimento a uma

¹³ Idem, ibidem. No original: “*Astonishingly, none of these attributes are to be found in the constitution's text. The means available for an interpretation of the constitution according to the textual canons for literal exegesis therefore are meagre. Furthermore, the scope of denominations, ranging from the passivedefensive 'vigilant' to the offensive 'battlesome' or 'militant', clarifies the problem of giving shape to the principle of a militant democracy and of incorporating it into the 'constitutional reality'.*”

¹⁴ THIEL, Markus. *Germany*. Op. Cit., p. 109. No original: “*Germany is 'known to have implemented a fairly explicit conception' of militant democracy 'in its constitution', and 'the German case is appropriate to exemplify the concept as a current constitutional crystallization'.*”

¹⁵ THIEL, Markus. *Germany*. Op. Cit., p. 109. No original: “*Therefore, the 'militant democracy' issue occasionally has been characterized as a 'German tradition' or even a 'German problem'.*”

¹⁶ Idem, p. 111.

democracia militante. Esta decisão está vinculando o Tribunal Constitucional Federal (THIEL, 2009, p. 111).¹⁷

Assim, “[c]omo resultado, o tribunal transformou a ‘democracia militante’ em um princípio geral e, intransigentemente, o usou como argumento, critério e raciocínio em algumas decisões” (THIEL, 2009, p. 112).¹⁸

Posteriormente, o Tribunal Constitucional entendeu legítima, com base no princípio da “democracia militante”, a imposição de medida disciplinar contra um sargento que questionou a ordem básica democrática livre em um debate político público. Nesse caso, o “Tribunal Constitucional enfatizou que o princípio da ‘democracia militante’ estava em vigor mesmo nos assuntos internos da Alemanha *Bundeswehr* (Forças Armadas Federais)” (THIEL, 2009, p. 112).¹⁹

Em outra dimensão, fora do âmbito da estrutura interna do Estado, reconheceu-se que o princípio da democracia militante não teria eficácia direta sobre o comportamento dos cidadãos, apesar de espriar seus efeitos sobre eles:

Embora o princípio da ‘democracia militante’ seja considerado um valor, não impõe diretamente um dever aos cidadãos. O Tribunal Constitucional sustentou que poderia pedir aos cidadãos para agirem como democratas (e permite que o Estado lutar contra quem não) (...) Mas não chega ao ponto de impor um dever ou responsabilidade do cidadão de proteger a democracia (THIEL, 2009, p. 115).²⁰

¹⁷ Idem, ibidem. No original: “Article 21 Section 2 of the Basic Law ... does not conflict with a fundamental principle of the constitution; it is an expression of the conscious constitutional political will to solve a border problem of the free democratic form of state, a reflection of the experiences of the constitutional legislator, who thought he could not realize the principle of neutrality of the state towards political parties in a pure form in a specific historical situation, a confession to a ‘militant democracy’. This decision is binding the Federal Constitutional Court.”

¹⁸ Idem, p. 112. No original: “In the aftermath, the court developed ‘militant democracy’ into an ‘all-purpose’ principle and uncompromisingly used it as an argument, criterion and reasoning in a couple of decisions.”

¹⁹ THIEL, Markus. Op. Cit., p. 112. No original: “The Constitutional Court emphasized that the ‘militant democracy’ principle was in force even regarding internal affairs of the German *Bundeswehr* (the Federal Armed Forces)”

²⁰ Idem, p. 115. No original: “Although the ‘militant democracy’ principle is regarded as a constitutional value, it does not directly impose a duty on the citizens. The Constitutional Court held that it could call upon citizens to act as democrats (and enables the state to fight against those who do not).²⁰ The democracy expects that every citizen will fight for the free democratic basic order”

Na Constituição alemã, como já foi destacado, existem diversos dispositivos que espelhariam o princípio da democracia militante. A título de exemplo, transcreve-se: o art. 9, seção 2; o art. 10, seção 18; e o artigo 21, seções 2 e 3:²¹

Artigo 9, seção 2: São proibidas todas as associações cujas finalidades ou cuja atividade sejam contrárias às leis penais ou estejam orientadas contra a ordem constitucional ou os ideais do entendimento entre os povos.

Artigo 10, seção 2: Limitações só podem ser ordenadas em virtude de lei. Se a limitação tiver por finalidade proteger a ordem fundamental livre e democrática ou a existência e segurança da Federação e de um Estado federado, a lei pode determinar que a limitação não seja levada ao conhecimento do indivíduo atingido e que, em vez de se seguir a via judiciária, o controle seja efetuado por órgãos principais e auxiliares, nomeados pelos representantes do povo.

Artigo 18: Quem, para combater a ordem fundamental livre e democrática, abusar da liberdade de expressar a opinião, particularmente da liberdade de imprensa (artigo 5 §1), da liberdade de ensino (artigo 5 §3), da liberdade de reunião (artigo 8), da liberdade de associação (artigo 9), do sigilo da correspondência, das comunicações postais e das telecomunicações (artigo 10), do direito de propriedade (artigo 14) ou do direito de asilo (artigo 16 §2), perde estes direitos fundamentais. Cabe ao Tribunal Constitucional Federal pronunciar-se sobre a perda dos direitos e fixar a sua extensão.

Artigo 21, seções 2 e 3: (2) São inconstitucionais os partidos que, pelos seus objetivos ou pelas atitudes dos seus adeptos, tentarem prejudicar ou eliminar a ordem fundamental livre e democrática ou pôr em perigo a existência da República Federal da Alemanha.

(3) Estão excluídos do financiamento estatal os partidos que, pelos seus objetivos ou pelas atitudes dos seus adeptos, tentarem prejudicar ou eliminar a ordem fundamental livre e democrática ou pôr em perigo a existência da República Federal da Alemanha. Uma vez decidida essa exclusão, são eliminadas também as vantagens fiscais e as subvenções para esses partidos.

3.2 Israel

No Estado de Israel, a temática da autodefesa da democracia se manifesta em dois contextos de ameaças diferentes: (i) um causado pelos nacionalistas árabes e (ii) outro causado pelos judeus nacionalistas de extrema direita. No entanto, conforme

²¹ Além desses artigos, poderiam ser mencionados os seguintes artigos: 20, seção 4, 98, seções 2 e 5 e o 91, seção 1.

explica Benyamin Neuberger (2009, p. 188), existe uma diferença básica entre as duas ameaças, uma vez que

a ameaça nacionalista árabe [é] vista como uma ameaça para o próprio existência do estado ou à sua existência como estado judeu, e apenas indiretamente como uma ameaça à democracia”, enquanto “as ameaças da extrema direita judaica são percebidas como ameaça direta contra o regime democrático e de modo algum uma ameaça contra a Estado ou ao seu caráter judeu.²²

Na atuação da Suprema Corte de Israel, as duas espécies de ameaças já foram alvos de decisões com caráter de democracia defensiva. Em um primeiro, tal atuação se deu em face de movimentos árabes nacionalistas. Em uma decisão de 1964 (High Court 253/64, *Sabri Jeryis v. Haifa District Commissioner*) decidiu-se que o Ministério do Interior estava correto em recusar o registro ao Al-Ard – movimento político palestino composto por árabes residentes em Israel – e emitir um decreto sobre sua dissolução. Isso porque se tratava de associação que tinha entre seus objetivos: (i) uma solução justa para o problema palestino através de sua consideração como uma indivisível unidade de acordo com a vontade do povo palestino e (ii) a autodeterminação nacional para o povo árabe em toda a Palestina. O motivo da recusa e da dissolução decorreu da interpretação de que se tratava de uma negação da legitimidade da existência do Estado de Israel (NEUBERGER, 2009, p. 190).²³

No ano seguinte, a Corte decidiu que o partido “Socialist List”, formado pelos líderes da associação “Al-Ard”, não poderia participar das eleições para o Parlamento em 1965 porque “nenhuma ferramenta democrática deveria ser concedida aos inimigos da democracia.”, “aceitando o princípio da autodefesa da democracia” (NEUBERGER, 2009, p. 190).²⁴ Ainda que não houvesse lei explícita no sentido de vedar tais partidos, a Suprema Corte “baseou o seu veredicto em um princípio supra-constitucional, que está acima de qualquer lei positiva” (NEUBERGER, 2009, p. 190).²⁵

²² NEUBERGER, Benyamin. *Israel*. In: THIEL, Markus (edited by). *The militant democracy principle in modern democracies*. Ashgate Publishing Limited. 2009, p. 188. No original: “While the Arab nationalist threat is perceived as a threat to the very existence of the state or to its existence as a Jewish state, and only indirectly as a threat to democracy, the threats of the Jewish extreme right are perceived as a direct threat against the democratic regime and not in any way a threat against the state or its Jewish character (though some people on the liberal left may argue that a non-democratic Israel might not survive).”

²³ NEUBERGER, Benyamin. Op. Cit, p. 190.

²⁴ Idem, ibidem. No original: “no democratic tools should be granted to the enemies of democracy”, “to accept the self-defending democracy principle”.

²⁵ Idem, ibidem. No original: “The High Court based its verdict on a supra-constitutional principle, which is above any positive law.”.

Nos anos 80, o movimento judeu ultranacionalista, Kahanist, foi compreendido como uma grande ameaça à democracia. Defendia, entre outras medidas, expulsar os árabes, a remoção das mesquitas, o estabelecimento de censura, a proibição de empregar árabes e o estabelecimento de um Estado nacionalista ortodoxo. O grupo fundou o partido Kach, que participava das eleições. Apesar de terem sido feitos processos para barrar sua participação das eleições do Parlamento (Knesset) em 1981 e 1984, em ambas a Suprema Corte decidiu que não havia fundamento para desqualificar um partido antidemocrático.

Apesar da posição passiva da Corte, a participação de tal grupo nas eleições estimulou o desenvolvimento de um regramento com o espírito de autodefesa da democracia:

A emenda nº 9 (1985) inclui às Leis Básicas de Israel, na “seção 7”, (a), do Knesset, a seguinte disposição:

Uma lista de candidatos não participará nas eleições do Knesset se algum dos seguintes itens é expresso ou implícito em seus propósitos ou ações:

1. Negação da existência do Estado de Israel como Estado dos judeus pessoas;
2. Negação do caráter democrático do estado;
3. Incitação ao racismo.

Posteriormente, em 1995, incluiu-se o seguinte dispositivo na Lei dos Partidos (seção 5):

Um partido não será registrado se algum de seus propósitos ou ações explicitamente ou implicitamente contém:

1. Negação da existência de Israel como Estado democrático judeu;
2. Incitação ao racismo;
3. Razão razoável para deduzir que a parte servirá como cobertura para ações.

As Leis Básicas de Israel na “seção 7”, (a), do Knesset foram novamente emendadas:

Uma lista de candidatos não participará das eleições do Knesset e ninguém será candidato nas eleições do Knesset se algum de seus propósitos ou ações explicitamente ou implicitamente contém:

1. Negação do Estado de Israel como Estado Democrático Judeu;
2. Excitação ao racismo;
3. Apoio a uma luta armada de um estado inimigo ou de uma organização terrorista contra o Estado de Israel.

A respeito do desenvolvimento da democracia militante em Israel, Benyamin Neuberger (2009, p. 203-204) aponta que, na Suprema Corte israelense, como nos países democráticos em geral, podem ser distinguidas duas abordagens a respeito da violação aos valores democráticos e os mecanismos para defender a democracia: (i) a abordagem decrescente; e, (ii) a abordagem crescente.²⁶

A abordagem decrescente é caracterizada pela diminuição da violação dos valores e padrões democráticos para defender a democracia. Tradicionalmente adotada no Estados Unidos, trata-se de abordagem bem representada por alguns vereditos da Suprema Corte, como o que permitiu a Kach participar das eleições de 1981 e 1984, e o veredito que declarou ilegal o boicote anti-Kahane pela Broadcasting Authority.

Por outro lado, a abordagem crescente se caracteriza pelo aumento da violação a valores e padrões democráticos para a promoção da defesa democrática. Trata-se de abordagem mais associada à Europa. Exemplos dessa abordagem são: as emendas de 1985 e 2002 à Lei Básica: o Knesset, e a desqualificação das listas kahanistas em 1988 e 1992, bem como os vereditos contra Al-Ard e a lista socialista realizados nos anos 60. A respeito do período que essa abordagem era forte na Suprema Corte, Beyamin Neuberger (2009, p. 203-204) aponta que:

Não é por acaso que esses vereditos foram liderados por juízes de origem judaico-alemã que sem dúvida haviam sido influenciada pelo "efeito Weimar". A liderança da abordagem "alemã" em expansão foi o juiz da Suprema Corte, Alfred Witkon, que se sentou na cadeira de 1954 a 1980 e foi o principal defensor dos vereditos contra Al-Ard e o partido Lista Socialista. Outros juízes conhecidos da Alta Corte de origem judaico-alemão-austríaca durante os anos de formação do Supremo Corte foram Moshe Smoira, Moshe Landau, Benjamin Halevi e Joel Sussmann.²⁷

²⁶ NEUBERGER, Benyamin. Op. Cit, p. 203-204.

²⁷ NEUBERGER, Benyamin. Op. Cit, p. 203-204. No original: "It is no coincidence that these verdicts were led by justices of German-Jewish origin who had doubtlessly been influenced by the 'Weimar effect'. Leading the expanding 'German' approach was High Court Justice, Alfred Witkon,11 who sat on the bench from 1954 to 1980 and was the leading proponent of the verdicts against El-Ard and the Socialist List. Other well-known High Court judges of Jewish-German-Austrian origin during the formative years of the High Court were Moshe Smoira, Moshe Landau, Benjamin Halevi and Joel Sussmann".

4. Democracia Defensiva no Brasil?

No Brasil, nunca se verificou a preocupação com um desenvolvimento teórico das ideias de democracia militante ou democracia defensiva, assim como nunca foram pensados preceitos constitucionais explícitos que teriam caráter de autodefesa da democracia.

Em estudos históricos no Brasil, aponta-se o termo “democracia defensiva” como a concepção de democracia adotada pelos integralistas (membros do Partido de Representação Popular) pós-1945, que passaram a defender uma certa concepção autoritária de democracia defensiva (CHRISTOFOLETTI, 2019, p. 224).²⁸

A utilização pelos integralistas demonstra de maneira clara o dilema que subjaz à democracia defensiva. Dilema este que Jan Werner-Muller (2012, p. 537) denomina de paradoxo democrático: “a possibilidade de uma democracia se destruir no processo de se defender.”²⁹

Contudo, à exceção dessa experiência integralista de uma abordagem da democracia defensiva, nunca houve grande preocupação teórica ou prática no Brasil a respeito do tema – seja para defender a adoção de mecanismos de democracia defensiva, seja para descartá-los pelos riscos que causam.

4.1 A utilização implícita da Democracia Defensiva pelo STF: os casos recentes das medidas cautelares da ADI nº 6.121-DF e da ADPF nº 622-DF

²⁸ Nesse sentido, Rodrigo Cristofolletti aponta que “*Partindo da crítica ao liberalismo e ao sufrágio universal, qualificado como arbítrio das massas*”, o partido propunha uma “*democracia defensiva*”. A tese sustentada pelos perrepistas propunha um conjunto de princípios imutáveis considerados inerentes e indissociavelmente constituintes da tradição histórica brasileira que não poderiam ser submetidos ao arbítrio das massas, ou seja, ao sufrágio universal”. CHRISTOFOLETTI, Rodrigo. *O integralismo do pós-segunda guerra: jornal de si mesmo*. In: Entre tipos e recortes: histórias da imprensa integralista, volume 3 (organizadores: GONÇALVES, Leandro Pereira; SIMÕES, Renata Duarte). 1. ed. Rio de Janeiro: Autografia, 2019, p. 224. Na mesma direção: CALIL, Gilberto. *O integralismo no pós-guerra - a formação do PRP (1945-1950)*. Porto alegre: Editora da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2001; BERTONHA, João Fábio. *Os integralistas pós-1945. A busca pelo poder no regime democrático e na ditadura (1945-1985)*. Revista Diálogos, DHI/PPH/UEM, v. 13, n. 1, p. 63-82, 2009.

²⁹ MULLER, Jan-Werner. *A “Practical Dilemma Which Philosophy Alone Cannot Resolve”? Rethinking Militant Democracy: An Introduction*. *Constellations Volume 19*, Nº 4, 2012, p. 537. No original: “*the possibility of a democracy destroying itself in the process of defending itself*”.

Apesar de, tradicionalmente, doutrina e jurisprudência brasileiras passarem ao largo das questões envolvendo o tema, as mesmas preocupações que subjazem ao conceito de democracia defensiva têm aparecido em recentíssima jurisprudência no Supremo Tribunal Federal.

Tais preocupações podem decorrer do temor de que uma desdemocratização (TILLY, 2007)³⁰ esteja em curso neste início do Governo Bolsonaro. Nesse âmbito, dois julgados recentes encontram no direito constitucional brasileiro supedâneo para fulminar duas medidas de desdemocratização adotados pela Presidente da República: os julgamentos das Medidas Cautelares da ADI nº 6.121-DF³¹ e a ADPF nº 622-DF. Em ambas as decisões, entendeu-se que as medidas, ainda que formalmente legítimas e amparadas no princípio democrático- pois tomadas por presidente democraticamente eleito - não se coadunariam com as bases democráticas de nosso Estado Democrático de Direito.

Na ADI nº 6.121/DF discute-se a validade do Decreto nº 9.759/19, o qual extinguiu, genericamente, diversos órgãos colegiados. O STF decidiu que não podem ser extintos por Decreto os colegiados que tiverem sido criados por lei; na fundamentação, para além desse elemento formal, mostra-se preocupação com a extinção de importantes instrumentos de democracia participativa:

[R]esumir 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.

Em termos de defesa da democracia, a importância da decisão reside em, além de ter “ressaltado o caráter incontestado da democracia participativa com o base

³⁰ Desdemocratização é um conceito trabalhado por Charles Tilly em seu livro: *Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007 (tradução brasileira: Democracia. Petrópolis: Vozes, 2013). Para o autor, desdemocratização significa um movimento real no qual ocorrem revezes em três áreas: “*redes de confiança, desigualdade categórica e centros de poder autônomos*.”. TILLY, Charles. Democracia. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 88).

³¹ Sob o marco teórico de Charles Tilly, desenvolvemos artigo sobre o objeto desta Ação Direta de Inconstitucionalidade: OLIVEIRA, Gustavo Justino. *A extinção de conselhos e fóruns participativos pelo Decreto n. 9.759/19: enfraquecimento da democracia participativa e desdemocratização da Administração federal*. Revista Digital de Direito Administrativo, vol. 7, n. 2, p. 60-79, 2020.

constitucional do Estado de Direito Democrático”³² (OLIVEIRA, 2020, p. 76), efetivar a suspensão, ainda que provisória, de “um ato normativo editado pelo Governo Bolsonaro, em face do reconhecimento de que a edição de um Decreto operou agressão direta a princípios fundamentais democráticos previstos na Constituição de 1988” (OLIVEIRA, 2020, p. 76).³³

No julgamento da Medida Cautelar da ADPF n° 622/DF, ainda que também não haja menções diretas à democracia militante ou à democracia defensiva, a decisão monocrática do Ministro Luís Roberto Barroso concedendo a liminar toca de maneira ainda mais clara nas questões subjacentes à discussão envolvendo aqueles conceitos.

Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em que se impugnou o Decreto n° 10.003/2019, o qual alterou as normas sobre a Constituição e o funcionamento do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente – Conanda e destituiu imotivadamente todos os seus membros, no curso dos seus mandatos.

A medida cautelar foi parcialmente deferida para restabelecer:

(i) o mandato dos antigos conselheiros até o seu termo final; (ii) a eleição dos representantes das entidades da sociedade civil em assembleia específica, disciplinada pelo Regimento Interno do Conanda; (iii) a realização de reuniões mensais pelo órgão; (iv) o custeio do deslocamento dos conselheiros que não residem no Distrito Federal; (v) a eleição do Presidente do Conanda por seus pares, na forma prevista em seu Regimento Interno.

Na sua fundamentação, o Ministro Luis Roberto Barroso utiliza conceitos como o de “constitucionalismo abusivo”, “legalismo autocrático” e “democracia iliberal”; são todos conceitos que servem para ilustrar situações em que mecanismos democráticos são utilizados para pôr em xeque aspectos essenciais da própria democracia.

Segundo o Ministro em sua decisão:

Todos esses conceitos aludem a experiências estrangeiras que têm em comum a atuação de líderes carismáticos, eleitos pelo voto popular, que, uma vez no poder, modificam o ordenamento

³² OLIVEIRA, Gustavo Justino. Op. Cit., p. 76.

³³ Idem, ibidem.

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

Nesse sentido, prossegue o Ministro Barroso:

A lógica de tal modo de atuar está em excluir do espaço público todo e qualquer ator que possa criticar, limitar ou dividir poder com o líder autocrático, em momento presente ou futuro, de forma a assegurar seu progressivo empoderamento e permanência no cargo. Experiências de tal gênero estão ou estiveram presentes na Hungria, na Polônia, na Romênia e na Venezuela. O resultado final de tal processo tende a ser a migração de um regime democrático para um regime autoritário, ainda que se preserve a realização formal de eleições.

O próprio Ministro aponta, em artigo científico, que o aspecto mais problemático de tal constitucionalismo abusivo desse fenômeno é a maneira dissimulada com que a democracia vai sendo desmantelada:

O grande problema com a construção dessas democracias iliberais é que cada tijolo, individualmente, é colocado sem violação direta ao Direito vigente. O conjunto final, porém, resulta em supressão de liberdades e de eleições verdadeiramente livres e competitivas. Este processo tem sido caracterizado como legalismo autocrático (BARROSO, 2019, p. 1280).³⁴

O conceito foi desenvolvido por David Landau para descrever o fenômeno do “uso de mecanismos de mudança constitucional para corroer a ordem democrática.”

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Revolução tecnológica, crise da democracia e mudança climática: limites do direito num mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, Revista Estudos Institucionais, Vol. 5, n. 3, 2019, p. 1280.

(LANDAU, 2013, p. 189).³⁵ Assim, verifica-se que constitucionalismo abusivo, originalmente, é um conceito mais restrito do que aquele ao qual o Ministro fez referência. Para David Landau, o constitucionalismo abusivo se refere apenas às práticas de emenda e substituição da constituição que subvertam a ordem democrática.

O Ministro Barroso amplia o conceito para se reportar às medidas autorizadas constitucionalmente, mas que, caso utilizadas de maneira abusiva, têm como efeito causar danos à ordem democrática constitucionalmente estabelecida.

Nesse sentido utilizado pelo Ministro, o conceito de “constitucionalismo abusivo” se irmana a outros que também descrevem a ruptura da ordem constitucional pela via democrática, tais quais: “legalismo autocrático” e “democracia iliberal”. O que estes conceitos teriam em comum seria o fato de se reportarem a uma realidade na qual a ruptura não se faz abruptamente, mas aos poucos por medidas autoritárias, mas formalmente admitidas pelo direito.

Deve ser notado que, pela natureza das teorias da “democracia militante” e da “democracia defensiva”, estas serviriam para responder a esse diagnóstico de práticas de uma democracia iliberal.

Além desses dois julgados em que se viu uma reação às tendências desdemocratizantes do atual governo, o STF parece já ter tomado decisões cujo conteúdo refletem preocupações que a ideia de democracia defensiva visa resguardar. A título de exemplo, podem ser mencionados os seguintes casos:

- (i) RE 12.369- Cancelamento do registro do Partido Comunista (1948):** sob a égide da Constituição Federal de 1946, o STF tomou essa polêmica e atípica decisão em âmbito de Cortes Constitucionais. Deve ser destacado que não se conheceu do mérito do recurso por entender irrecurável a decisão do TSE. Só que, por essa decisão de cunho processual, manteve-se o cancelamento de registro do Partido Comunista do Brasil (PCB) realizado pelo TSE. O TSE havia considerado que o PCB era internacionalista e tinha atuação antidemocrática, violando o art. 141, § 13, da Constituição Federal de 1946.

³⁵ LANDAU, David. *Abusive constitutionalism*. University of California, v. 147, 2013, p. 189.

- (ii) **HC 82.424-2 – Caso Ellwanger (2003):** decidiu-se que a publicação de livros antissemitas não se encontra abarcada pela proteção constitucional conferida à liberdade expressão.
- (iii) **Inquérito nº 4.828 - Inquérito das Fake News (2020):** trata-se de polêmico inquérito instaurado pelo STF com o objetivo de investigar a existência de “fake news”, denúncias caluniosas e ameaças contra a Corte, seus ministros e familiares. Na ADPF 572, o STF validou o inquérito das “Fake News”, concluindo pela importância da defesa dos direitos fundamentais e das regras do jogo democrático – inclusive, nesta ADPF, o voto do Ministro Gilmar Mendes faz expressa menção ao conceito de democracia militante.³⁶

5. Conclusão.

Conforme se procurou demonstrar, o conceito de democracia defensiva, ainda que com rótulos diferentes, possui larga utilização da filosofia política e ciência política em âmbito internacional. No entanto, nunca houve no Brasil a preocupação de se construir uma teoria da “democracia militante” ou “democracia defensiva” a partir do texto constitucional.

Apesar disso, como alguns julgados do Supremo Tribunal Federal demonstram, a prática e a jurisprudência constitucionais brasileiras poderiam adquirir ganhos substanciais diante de uma teoria de democracia defensiva adequada à nossa organização político-constitucional e ao ordenamento jurídico nacional.

Deve ser destacado que, além de tal construção passar pela máxima proteção dos princípios e fundamentos constitucionais de nosso Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 contém dispositivos que limitam as liberdades

³⁶ “A título de exemplo, a Alemanha é caracterizada, por muitos autores, como uma democracia militante. Nesse sentido, de acordo com Ronald Krotoszynski, “qualquer discurso que tenha por objetivo a destruição do governo democrático não possui qualquer proteção de acordo com a Lei Fundamental”. Foi com base nessa ideia que o Tribunal Constitucional Federal alemão decretou, por exemplo, o banimento dos Partidos Socialista e Comunista alemães, que foram considerados como plataformas para a atuação do Partido Nazista e para a adoção de projetos políticos e ações contra a ordem constitucional estabelecida (Krotoszynski jr, Ronald. *A Comparative Perspective of The First Amendment: Free Speech, Militant Democracy, and the Primacy of Dignity as a Preferred Constitutional Value in Germany*. *Tulane Law Review*. V. 78. N. 5. p. 1590-1591).”

democráticas em prol da própria democracia, como as cláusulas pétreas³⁷ e o direito à liberdade de reunião.³⁸

Ou seja, a construção de um “princípio da democracia defensiva” em nosso país não é algo que seria alheio à nossa realidade institucional. Pelo contrário, representaria a defesa de aspectos centrais do Estado brasileiro.

No momento atual, em que se verifica a ocorrência de medidas desdemocratizantes em diversas frentes, o estudo revigorado e adaptado à nossa realidade do tema da Democracia Defensiva se mostra extremamente pertinente. Urge a compreensão do instituto e a sistematização de seus possíveis mecanismos, a fim de utilizar o conceito em seu grau máximo de utilidade teórica e prática, com o fito de proteger-se o Estado de Direito Democrático nas bases moldadas pela Constituição de 1988.

Bibliografia

BARROSO, Luís Roberto. *Revolução tecnológica, crise da democracia e mudança climática: limites do direito num mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, Revista Estudos Institucionais, Vol. 5, n. 3, 2019.

CAPOCCIA, Giovanni. *Defending democracy: reactions to extremism in interwar Europe*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2007.

CHRISTOFOLETTI, Rodrigo. *O integralismo do pós-segunda guerra: jornal de si mesmo*. In: Entre tipos e recortes: histórias da imprensa integralista, volume 3 (organizadores: GONÇALVES, Leandro Pereira; SIMÕES, Renata Duarte). 1. ed. Rio de Janeiro: Autografia, 2019.

LANDAU, David. *Abusive constitutionalism*. University of California, v. 147, 2013

³⁷ Art. 60, § 4º: *Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.*

³⁸ art. 5º, XVI, da CF: *todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;*

MULLER, Jan-Werner. *A “Practical Dilemma Which Philosophy Alone Cannot Resolve”? Rethinking Militant Democracy: An Introduction*. Constellations Volume 19, Nº 4, 2012.

NEUBERGER, Benyamin. *Israel*. In: THIEL, Markus (edited by). *The militant democracy principle in modern democracies*. Ashgate Publishing Limited. 2009.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. *A extinção de conselhos e fóruns participativos pelo Decreto n. 9.759/19: enfraquecimento da democracia participativa e desdemocratização da Administração federal*. Revista Digital de Direito Administrativo, vol. 7, n. 2, p. 60-79, 2020.

PFERSMANN, Otto. *Shaping Militant Democracy: Legal Limits to Democratic Stability*. In: *Militant Democracy*, ed. András Sajó, pp.47-68. Utrecht: Eleven International Publishing, 2004.

POPPER, Karl. *The open society and its enemies – one volume edition*. Princeton university press, 2013.

SERIK, Beimenbetov. *A comparative analysis of 'Defensive Democracy': a cross-national assessment of formal-legal defensiveness in 8 advanced European democracies* [Thesis for the degree of Doctor of Philosophy in Politics]. University of Exeter, 2014.

THIEL, Markus. *Germany*. In: THIEL, Markus (edited by). *The militant democracy principle in modern democracies*. Ashgate Publishing Limited. 2009.

NEUBERGER, Benyamin. *Israel*. In: THIEL, Markus (edited by). *The militant democracy principle in modern democracies*. Ashgate Publishing Limited. 2009.

TILLY, Charles. *Democracia*. Petrópolis: Vozes, 2013.