



# CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO

## ABUSIVE CONSTITUTIONALISM

DAVID LANDAU\*

Tradução: ULISSES LEVY SILVÉRIO DOS REIS\*\* | RAFAEL LAMERA GIESTA CABRAL\*\*\*

### RESUMO

Este artigo identifica um fenômeno cada vez mais importante: o uso de mecanismos de mudança constitucional para corroer a ordem democrática. Uma onda de incidentes recentes em um grupo diversificado de países, como Hungria, Egito e Venezuela, mostrou que as ferramentas de modificações e emendas constitucionais podem ser usadas por pretensos autocratas para minar a democracia com relativa facilidade. Como golpes militares e outras rupturas flagrantes na ordem constitucional caíram em desuso, os atores refazem a ordem constitucional com mudanças sutis, a fim de dificultar a sua substituição e retirar dos tribunais a capacidade de fiscalizar os seus atos. Os regimes resultantes dessas manobras continuam a ter eleições e não são totalmente autoritários, mas são significativamente menos democráticos do que eram anteriormente. Pior ainda, o problema do constitucionalismo abusivo permanece em grande parte não resolvido, uma vez que os mecanismos de defesa democrática, tanto no direito constitucional comparado quanto no direito internacional, são amplamente ineficazes contra ele. Alguns dos mecanismos mais citados na literatura - como a concepção alemã de democracia militante e a doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais - são difíceis de implantar contra a ameaça do constitucionalismo abusivo ou facilmente evitáveis por esses atores autoritários. Este artigo sugere maneiras de reforçar a democracia contra essas ameaças, embora reconheça a extrema dificuldade da tarefa. O fenômeno do constitucionalismo abusivo deve impactar o debate sobre como os campos do direito constitucional comparado e do direito internacional podem ser mais bem aproveitados para proteger novas democracias.

**Palavras-chave:** Emenda constitucional, Emenda constitucional inconstitucional, Disposições constitucionais inalteráveis, Regimes autoritários, Desenho constitucional.

### ABSTRACT

This paper identifies an increasingly important phenomenon: the use of mechanisms of constitutional change to erode the democratic order. A rash of recent incidents in a diverse group of countries such as Hungary, Egypt, and Venezuela has shown that the tools of constitutional amendment and replacement can be used by would be autocrats to undermine democracy with relative ease. Since military coups and other blatant ruptures in the constitutional order have fallen out of favor, actors instead rework the constitutional order with subtle changes in order to make themselves difficult to dislodge and to disable or pack courts and other accountability institutions. The resulting regimes continue to have elections and are not fully authoritarian, but they are significantly less democratic than they were previously. Even worse, the problem of abusive constitutionalism remains largely unresolved, since democratic defense mechanisms in both comparative constitutional law and international law are largely ineffective against it. Some of the mechanisms most relied upon in the literature — such as the German conception of militant democracy and the unconstitutional-constitutional amendments doctrine — are in fact either difficult to deploy against the threat of abusive constitutionalism or easily avoidable by would-be authoritarian actors. This Article suggests ways to reinforce democracy against these threats, while acknowledging the extreme difficulty of the task. The phenomenon of abusive constitutionalism should impact the conversation about how the fields of comparative constitutional law and international law might best be leveraged to protect new democracies.

**Keywords:** Constitutional amendment, Unconstitutional constitutional amendment, Unamendable constitutional provisions, Authoritarian regimes, Constitutional design.

\* Ph.D., J.D. e A.B. pela Harvard University. Professor da Florida State University College of Law.  
[dlandau@law.fsu.edu](mailto:dlandau@law.fsu.edu)

\*\* Doutor em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professor Adjunto da UFERSA.  
[ulisses.reis@ufersa.edu.br](mailto:ulisses.reis@ufersa.edu.br)

\*\*\* Doutor em Direito pela Universidade de Brasília. Professor Adjunto da UFERSA.  
[rafaelcabral@ufersa.edu.br](mailto:rafaelcabral@ufersa.edu.br)

Recebido em 9-7-2020 | Aprovado em 9-7-2020<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Artigo convidado. Publicado originalmente em inglês na *UC David Law Review*, vol. 47, n. 1, nov. 2013, p. 189-260.



## SUMÁRIO

**1 INTRODUÇÃO; 2 DEFININDO E EXPLICANDO O CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO; 2.1 Definindo e situando o constitucionalismo abusivo; 2.2 Constitucionalismo abusivo por emendas: Colômbia; 2.3 Constitucionalismo abusivo por substituição: Venezuela; 2.4 Uma combinação de reforma e substituição: Hungria; 2.5 Constitucionalismo abusivo e autoritarismo moderno; 3 UMA REVISÃO CRÍTICA DAS RESPOSTAS NO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO; 3.1 Democracia Militante e proibição de partidos; 3.2 Limitações às emendas constitucionais em camadas; 3.3 A doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais; 3.4 A lacuna teórica da substituição constitucional; 4 UMA REVISÃO CRÍTICA DAS RESPOSTAS ESTABELECIDAS E EMERGENTES NO DIREITO INTERNACIONAL; 4.1 Cláusulas democráticas; 4.2 Respostas emergentes e propostas no nível internacional: em busca de uma corte constitucional global?; 5 CONCLUSÃO: UMA AGENDA IMPOSSÍVEL PARA A TEORIA CONSTITUCIONAL?.**

### ■ INTRODUÇÃO

Uma das questões centrais da teoria constitucional é como as constituições podem ser usadas para melhor proteger contra ameaças à própria ordem democrática. Essa questão assumiu nova urgência desde a eclosão da “Primavera Árabe”, que trouxe uma nova onda conflituosa de democracia no Oriente Médio. Este artigo define e trabalha com um fenômeno cada vez mais importante que chamo de constitucionalismo abusivo. O constitucionalismo abusivo envolve o uso dos mecanismos de mudança constitucional - emenda constitucional e substituição constitucional - para minar a democracia. Embora os métodos tradicionais de derrubada democrática, como o golpe militar, estejam em declínio há décadas, o uso de ferramentas constitucionais para criar regimes autoritários e semi-autoritários é cada vez mais predominante. Poderosos presidentes e partidos podem projetar mudanças constitucionais de modo a tornar difícil a sua substituição no poder e desarmar instituições, como os Tribunais de Justiça, que possam fiscalizar seus atos enquanto governo. As constituições resultantes desses processos ainda parecem democráticas à distância e contêm muitos elementos que não são diferentes daqueles encontrados nas constituições democráticas liberais, mas, de perto, elas foram substancialmente retrabalhadas para minar a própria ordem democrática.

Eu recorro a exemplos recentes da Hungria, da Colômbia e da Venezuela para ilustrar a ameaça do constitucionalismo abusivo. Mas é importante notar que esses exemplos apenas arranham a superfície do que é uma ocorrência cada vez mais rotineira. Por exemplo, a Irmandade Muçulmana no Egito recentemente usou seu poder eleitoral dominante no parlamento, assembleia constituinte e presidência, em vez de meios extralegais, para elaborar uma constituição que parece ser muito favorável aos seus próprios interesses<sup>2</sup>. Embora o governo civil tenha sido removido por meio de golpe, os comentaristas argumentaram que a experiência de elaborar uma nova constituição foi projetada para construir no Egito um regime autoritário competitivo, no qual, embora as eleições sejam realizadas, há grande

<sup>2</sup> Ver LANDAU, David. Constitution-Making Gone Wrong. 64 ALA. L. REV. 923, p. 971-980, 2013. [doravante *Constitution-Making*] (sumarizando e analisando o processo egípcio de elaboração constitucional).

dificuldade em retirar o partido em exercício do poder e a sua atuação seja relativamente imune a controles<sup>3</sup>.

Similarmente, esse fenômeno está aparecendo mesmo em países geralmente considerados estáveis como democracias liberais. Por exemplo, o Primeiro-Ministro japonês Shinzo Abe, líder do tradicional Partido Liberal Democrático (PLD), anunciou recentemente que buscaria mudanças constitucionais que reduziriam as maiorias necessárias para a mudança constitucional no parlamento de dois terços para apenas uma maioria simples<sup>4</sup>. Dado o fato de o PLD ter conquistado maiorias legislativas significativas nas últimas eleições, provavelmente será capaz de avançar com essa proposta. Há pouco risco de que essa mudança torne o Japão completamente antidemocrático, mas isso serve para corroer a democracia, ao permitir que o poderoso PLD consolide unilateralmente as mudanças que desejar na constituição. Obviamente, essas mudanças poderiam ser usadas para aumentar o poder do PLD e reduzir as fiscalizações já fracas (como as exercidas pelo Judiciário) de sua atuação<sup>5</sup>.

As constituições provaram ser notavelmente suscetíveis a esse tipo de manobra. Em países fora dos Estados Unidos, os limites às emendas constitucionais costumam ser definidos em patamares razoavelmente baixos, permitindo que os titulares dos poderes políticos reúnam apoio suficiente para mudanças radicais com relativa facilidade. Mesmo quando os limites às emendas são mais rigorosos, os regimes existentes podem atingir as maiorias legislativas necessárias com frequências surpreendentes. E quando as constituições não podem ser alteradas da maneira que os pretensos autocratas gostariam, eles geralmente substituem os textos constitucionais com bastante facilidade, como ocorreu recentemente na Hungria, no Equador e na Venezuela. Os conjuntos de regras formais encontrados nas constituições estão se demonstrando meras folhas de papel contra regimes autoritários e quase autoritários.

E há notícias ainda piores: os mecanismos de proteção às democracias existentes no direito constitucional comparado e no direito internacional se mostraram ineficazes contra essa nova ameaça. O constitucionalismo abusivo é muito mais difícil de detectar do que as ameaças autoritárias tradicionais. No direito internacional, as chamadas “cláusulas democráticas” geralmente punem regimes que chegam ao poder por meios inconstitucionais. Essas cláusulas são eficazes na detecção de golpes militares tradicionais, abertamente

<sup>3</sup> Ver, e.g., AL-ARIAN, Abdullah. The Logic Behind Egypt’s New Authoritarianism, *AL JAZEERA*, <http://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2012/12/2012124111437225259.html> (last modified Dec. 5, 2012, 9:48 AM) (examinando o processo egípcio de elaboração constitucional e argumentando que ele pode levar a um “novo autoritarismo”); LAUB, Zachary. Egypt’s Muslim Brotherhood, *COUNCIL ON FOREIGN REL.*, [http://www.cfr.org/africa/egyptsmuslim-brotherhood/p23991?cid=rss-middleeast-egypt\\_s\\_muslim\\_brotherhood-120312](http://www.cfr.org/africa/egyptsmuslim-brotherhood/p23991?cid=rss-middleeast-egypt_s_muslim_brotherhood-120312) (last updated July 10, 2013) (indicando a confiança da Irmandade Muçulmana na regra da maioria e nos amplos poderes concedidos ao presidente na nova constituição).

<sup>4</sup> REPETA, Lawrence. Get Ready for New Battles Over Japan’s Constitution, *INT’L J. CONST. L. BLOG* (Feb. 7, 2013), <http://www.iconnectblog.com/2013/02/get-ready-fornew-battles-over-japans-constitution>.

<sup>5</sup> Pesquisadores há tempos comentam que a Suprema Corte do Japão é uma instituição fraca que não realiza um efetivo *judicial review*. Um dos motivos principais para isso reside na ausência de competição política no país - o partido dominante PLD não tem motivos para dar poderes a uma corte que fiscalizaria os seus atos. Ver, e.g., LAW, David S., Why Has Judicial Review Failed in Japan?, *88 WASH. U. L. REV.* 1425, p. 1426-28, 2011. (reconhecendo partes desta história, embora argumentando que ela é simplificadora da realidade); RAMSEYER, J. Mark. The Puzzling (In)dependence of Courts: A Comparative Approach, *23 J. LEGAL STUD.*, p. 721, 722, 1994 (comparando as Cortes Supremas dos Estados Unidos e do Japão e argumentando que a falta de independência deste último pode ser atribuída à ausência de competição política).

inconstitucionais, mas muito menos efetivas na detecção do constitucionalismo abusivo, que utiliza meios constitucionais ou ambigualmente constitucionais para atingir esse objetivo. A experiência recente em Honduras, por exemplo, mostra como essas cláusulas falham em combater efetivamente o constitucionalismo abusivo<sup>6</sup>. No direito constitucional comparado, o mais importante mecanismo de proteção à democracia, apresentado recentemente por Samuel Issacharoff, é a concepção de “democracia militante”, criada na Alemanha do pós-guerra, que permite proibições a partidos antidemocráticos (como o partido nazista) antes que eles tenham a chance de crescer e ganhar poder dentro da ordem democrática<sup>7</sup>. Essa concepção é útil para afastar ameaças autoritárias tradicionais realizadas por forças obviamente antidemocráticas, como os nazistas, mas bem menos capaz de enfrentar a ameaça mais ambígua e não ideológica representada pelo constitucionalismo abusivo. O constitucionalismo abusivo, portanto, apresenta problemas que não estão sendo efetivamente combatidos no direito internacional ou nas ordens constitucionais domésticas.

Um conjunto de respostas mais promissoras enfoca no desenho de mecanismos de mudança constitucional, particularmente nas regras para a realização de emendas. Esse modelo, que se pode chamar de “rigidez seletiva”, combina o estabelecimento de baixas exigências formais para a realização da maioria das modificações constitucionais e maiores dificuldades (também formais) para as mudanças que podem levar ao constitucionalismo abusivo. Por exemplo, os elaboradores das constituições podem usar dispositivos que dificultem a alteração de normas estruturais sensíveis com maior probabilidade de serem alvo de esforços constitucionais abusivos. As cortes também podem ter o poder de derrubar algumas emendas propostas que violem os princípios centrais da ordem constitucional - essa é a chamada “doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais”, que tem sido usada com grande efeito pelos tribunais da Índia, da Turquia e da Colômbia. Esses tipos de respostas representam o estado da arte na teoria constitucional.

Mas os estudiosos parecem ter exagerado em sua crença na capacidade dessas ferramentas impedirem o constitucionalismo abusivo. Elas podem ajudar a interromper alguns atos, mas também contêm pontos fracos que limitam sua capacidade de servir como mecanismo de defesa da democracia. Os conjuntos de disposições constitucionais de alteração mais rígida, conforme projetados atualmente, tendem a desempenhar uma função mais simbólica do que prática – os dispositivos mais difíceis de serem emendados tendem a proteger normas como a dignidade humana, que dificilmente serão alvo de regimes constitucionais abusivos. E é duvidoso que os elaboradores das constituições consigam escrever adequadamente regras que garantam a imutabilidade de todos os elementos vulneráveis da estrutura constitucional sem que isso torne o texto excessivamente rígido. A doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais pode ser empregada de maneira mais flexível, mas essa flexibilidade pode ser problemática – em alguns casos, a doutrina parece ser interpretada de maneira por demais ampla e isso pode prejudicar a execução da política democrática comum, enquanto em outras ocasiões as cortes se veem ameaçadas de maneiras que tornam impossível a sua atuação independente. Além disso, a doutrina repousa sobre

<sup>6</sup> Ver, em geral, FELDMAN, Noah; LANDAU, David; SHEPPARD, Brian; ROSA-SUAZO, Leonidas. *Report to the Truth and Reconciliation Commission of Honduras: Constitutional Issues* (Fla. St. U. Pub. Law & Legal Theory, Research Paper No. 536, 2011), disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1915214](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1915214) (examinando tanto o constitucionalismo abusivo do presidente hondurenho Manuel Zelaya quanto a constitucionalidade questionável de sua remoção do poder).

<sup>7</sup> Ver ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile Democracies*, 120 *HARV. L. REV.* 1405, p. 1408-09, 2007). [doravante *Democracies*].

uma distinção entre emenda constitucional (que é vista como suscetível a abuso) e substituição constitucional (que é vista como representando a autêntica vontade do povo) que é desmentida pela realidade. A substituição constitucional, assim como as emendas, pode ser e é usada pelos pretensos autoritários para fazer avançar suas agendas.

O artigo seguirá do seguinte modo: na primeira parte, definir-se-á constitucionalismo abusivo, com exemplos recentes de seu uso na Colômbia, na Venezuela e na Hungria e explicarei o porquê das ferramentas constitucionais serem eficazes para o estabelecimento de regimes autoritários modernos. Mudanças constitucionais permitem que atores autoritários removam membros da oposição política e os substituam por pessoas leais ao governo; enfraqueçam, desativem ou coloquem nos tribunais, assim como em outros órgãos de fiscalização, agentes leais aos titulares do poder; e estabeleçam controle governamental sobre a mídia e outras instituições importantes. Na sequência, explicar-se-á as razões pelas quais as ferramentas existentes no direito constitucional comparado – a concepção de democracia militante que ficou famosa no constitucionalismo alemão, os mecanismos responsáveis por dificultar a modificação das regras constitucionais e a doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais – parecem falhar quando confrontadas com o constitucionalismo abusivo. Na penúltima parte, apontar-se-á problemas semelhantes nos mecanismos de proteção à democracia presentes no direito internacional e considerará as perspectivas de soluções emergentes, como o recente apelo à criação de uma Corte Constitucional Internacional. Finalmente, concluir-se-á questionando se a teoria constitucional é capaz de conceber melhores soluções para o problema que identifiquei. O estudo do constitucionalismo abusivo forma uma agenda de pesquisa que deve atrair mais atenção dos elaboradores das constituições e que pode ajudar a inspirar o aperfeiçoamento de questões-chave da teoria constitucional - como a natureza do constitucionalismo e a relação entre constitucionalismo e democracia.

## 2 DEFININDO E EXPLICANDO O CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO

Nesta parte, definirei a prática do constitucionalismo abusivo e o situarei nos recentes avanços das teorias constitucional e governamental, explicando porque o constitucionalismo está sendo usado com bastante frequência para enfraquecer a democracia. Em contraste com as práticas passadas, quando os regimes autoritários eram geralmente formados por meio de golpe militar ou outros meios inconstitucionais, os pretensos autocratas agora têm incentivos significativos para parecerem cumprir as regras constitucionais<sup>8</sup>. Eles estão cada vez mais usando dos mecanismos de emenda e substituição constitucionais como ferramentas para ajudá-los a construir uma ordem jurídica mais autoritária. A seguir, citarei três exemplos de experiências recentes na Colômbia, na Venezuela e na Hungria para mostrar como indivíduos e partidos políticos poderosos podem usar as ferramentas do próprio constitucionalismo para miná-lo<sup>9</sup>. O resultado final dessas práticas provavelmente não será um autoritarismo completo, mas um regime híbrido em que as eleições continuam sendo realizadas, mas as forças da oposição enfrentam sérias

---

<sup>8</sup> Ver item 2.1.

<sup>9</sup> Ver itens 2.2, 2.3 e 2.4.

desvantagens na tentativa de vencê-las. Finalmente, sintetizarei os resultados dos estudos de caso a fim de explicar a importância do constitucionalismo para todos esses esforços<sup>10</sup>.

## 2.1 Definindo e situando o constitucionalismo abusivo

Eu defino “constitucionalismo abusivo” como o uso de mecanismos de mudança constitucional para tornar um Estado significativamente menos democrático do que era antes. Ao me referir aos mecanismos de mudança constitucional, o meu foco é sobre os métodos de mudança formais (não informais) - emenda e substituição constitucionais. Ao me referir às manobras que tornam um regime “significativamente menos democrático”, conceituo a democracia num espectro, reconhecendo que existem vários tipos de regimes autoritários híbridos ou competitivos entre o raio que vai do autoritarismo completo à democracia plena<sup>11</sup>. Finalmente, ao me referir ao grau de democracia em um determinado país, concentro-me em duas dimensões distintas: (1) a esfera eleitoral e até que ponto os mandatários políticos em exercício e os membros da oposição competem em igualdade de condições; e (2) a extensão pela qual são protegidos os direitos dos indivíduos e dos grupos minoritários<sup>12</sup>. Conceitualmente, essas duas dimensões são independentes e podem divergir, mas, nos regimes discutidos aqui, o retrocesso no campo eleitoral parece estar altamente correlacionado com o recuo nas questões de direitos.

O maior medo daqueles que promovem a democracia nos países em desenvolvimento tem sido os golpes militares. Somente na América Latina, todos os países, exceto dois deles, estavam sob ditadura militar em algum momento das décadas de 1960 e 1970<sup>13</sup>. Embora em alguns casos os ditadores militares possam buscar legitimação jurídica para as suas ações, golpes militares são normalmente feitos em óbvio desafio à ordem

<sup>10</sup> Ver item 2.5.

<sup>11</sup> Ver os textos que acompanham as notas 26-31.

<sup>12</sup> A dimensão dos direitos por vezes é classificada como o grau em que um regime é liberal, o que às vezes é colocado em oposição à democracia e em outras é visto como “constitutivo” dela. Ver, *e.g.*, HOLMES, Stephen. *PASSIONS AND CONSTRAINT: ON THE THEORY OF LIBERAL DEMOCRACY*, n. 8, 1995. Dado o amplo acordo prático sobre a conveniência de proteger direitos dentro de um Estado, não entro nesse debate aqui. Certamente, essas duas dimensões podem não esgotar as dimensões normativas da democracia. Poderíamos, por exemplo, definir a democracia também com relação à participação política, e alguns analistas dos regimes venezuelano e equatoriano apresentados abaixo afirmam que tais países representam um avanço significativo na qualidade e extensão da aludida participação. Ver, *e.g.*, CAMERON, Maxwell; SHARPE, Kenneth E. *Andean Left Turns: Constituent Power and Constitution Making*, in *LATIN AMERICA'S LEFT TURNS: POLITICS, POLICIES, AND TRAJECTORIES OF CHANGE* 61, 68 (Maxwell A. Cameron & Eric Hershberg eds., 2010) (analisando os conselhos comunitários e o referendo de recall presentes na constituição da Venezuela e contextualizando-os na “função de mobilização” do projeto de Chávez). Não há dúvida de que as Constituições que contêm cláusulas inovadoras, como dispositivos de *recall* presidencial e normas que incluem grupos da sociedade civil na seleção judicial, que podem ser muito úteis como ferramenta para uma maior participação democrática. Se esse objetivo é atingido de fato é algo que se pode contestar. Ver, *e.g.*, BREWER-CARÍAS, Allan R. *DISMANTLING DEMOCRACY IN VENEZUELA: THE CHÁVEZ AUTHORITARIAN EXPERIMENT*, p. 227-30, 2010 (observando que as disposições que permitem que grupos da sociedade civil participem da seleção de juízes da Suprema Corte não foram implementadas).

<sup>13</sup> Ver, *e.g.*, O'DONNELL, Guillermo. Introduction to the Latin American Cases, in *TRANSITIONS FROM AUTHORITARIAN RULE: LATIN AMERICA* 3, 5 (Guillermo O'Donnell et al. eds., 1986) (apontando Venezuela e Colômbia como exceções).

constitucional existente<sup>14</sup>. No Chile, por exemplo, os militares removeram o regime civil em 1973 bombardeando e invadindo o palácio presidencial, fechando o Congresso e suspendendo a maior parte da constituição existente<sup>15</sup>. O país viveu sem nenhuma ordem constitucional real até 1980, quando o regime militar adotou um novo texto<sup>16</sup>.

No entanto, o número de golpes caiu drasticamente desde o seu auge na década de 1960<sup>17</sup>. O fim da Guerra Fria reduziu a tolerância de Estados poderosos a regimes obviamente não democráticos e também mudou as normas culturais em nível internacional para o reconhecimento da importância da democracia<sup>18</sup>. O envolvimento militar na política tornou-se particularmente desfavorecido, especialmente em regiões como a América Latina, com uma longa história desse fenômeno. Além disso, como observado com mais detalhes na Seção 04, muitas regiões adotaram as chamadas “cláusulas de democracia”, punindo os Estados que derrubam regimes democráticos em flagrante violação das normas constitucionais<sup>19</sup>. Isso levou os pretensos autocratas a adotarem métodos de mudança mais alinhados com os parâmetros constitucionais. Além disso, muitos dos golpes que ocorreram recentemente foram menos claramente antidemocráticos do que os golpes militares tradicionais. Pesquisas empíricas recentes mostraram que, embora os golpes da era da Guerra Fria tendessem a terminar em ditaduras militares de longa duração, seus equivalentes mais recentes tenderam a levar a restaurações rápidas do domínio civil<sup>20</sup>. E, como Ozan Varol demonstrou recentemente, alguns golpes - como o que acabou com o domínio militar no Egito - têm até efeitos pró-democráticos<sup>21</sup>. Assim, o golpe inconstitucional, além de ter perdido significância, também pode ser considerado um perigo exagerado para o mundo moderno. De qualquer

---

<sup>14</sup> Mesmo na forma clássica de ditadura militar, autocracia e constitucionalismo não são tão opostos quanto se pensa. O constitucionalismo pode ser valioso para regimes autoritários, ajudando a organizar e formalizar o poder, aumentar a legitimidade, controlar funcionários subordinados e atrair investimentos estrangeiros. Ver MOUSTAFA, Tamir. *THE STRUGGLE FOR CONSTITUTIONAL POWER: LAW, POLITICS, AND ECONOMIC DEVELOPMENT IN EGYPT*, p. 13-15, 2007. (mostrando como a Corte Constitucional do Egito recebeu considerável poder interpretativo sobre a constituição a fim de atrair investimentos estrangeiros e controlar interpretações das disposições islâmicas); MOUSTAFA, Tamir; GINSBURG, Tom. Introduction: The Functions of Courts in Authoritarian Politics, in \_\_\_\_\_. *RULE BY LAW: THE POLITICS OF COURTS IN AUTHORITARIAN REGIMES* 1, 4-11, 2008 (descrevendo as razões pelas quais atores autoritários podem estabelecer revisão judicial e cortes independentes).

<sup>15</sup> Ver GARRETÓN, Manuel Antonio. The Political Evolution of the Chilean Military Regime and Problems in the Transition to Democracy, in *TRANSITIONS FROM AUTHORITARIAN RULE: LATIN AMERICA*, nota 14 supra, n. 95-98.

<sup>16</sup> Ver id. nas notas 111-112.

<sup>17</sup> Ver, e.g., POWELL, Jonathan M. THYNE, Clayton L. Global Instances of Coups from 1950 to 2010: A New Dataset, *48 J. PEACE RES.* 249, n. 255, 2011. Disponível em: <http://www.uky.edu/~clthyn2/powell-thyne-JPR-2011.pdf> (constatando “um declínio bastante claro na frequência total de tentativas de golpe ao longo do tempo”, embora notando que a taxa de sucesso aumentou nos últimos dez anos ou mais).

<sup>18</sup> Ver, e.g., MARKS, Susan. What Has Become of the Emerging Right to Democratic Governance?, *22 EUR. J. INT’L L.* n. 507, p. 511-12, 2011.

<sup>19</sup> Ver SCHNABLY, Stephen J. Constitutionalism and Democratic Governance in the Inter-American System [doravante *Constitutionalism*], in FOX, Gregory H; ROTH, Brad R. *DEMOCRATIC GOVERNANCE AND INTERNATIONAL LAW* 155, p. 166-68, 2000 (explorando o papel da cláusula democrática e do monitoramento eleitoral na Organização dos Estados Americanos); ver subseção 4.1.

<sup>20</sup> Ver MARINOV, Nikolay; GOEMENS, Heins. Coups and Democracy, *44 BRIT. J. POL. SCI.* (forthcoming 2014) (manuscrito 24). Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2270631](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2270631).

<sup>21</sup> VAROL, Ozan. The Democratic Coup d’Etat, *53 HARV. INT’L L.J.* p. 291, 294, 2012 (explorando golpes em Portugal, Turquia e Egito que tiveram efeitos pró-democráticos e observando que “alguns golpes militares são claramente mais promotores da democracia do que outros”).

forma, ele não é a melhor base para a construção teórica e normativa das constituições modernas.

A via alternativa de se tomar o poder constitucionalmente e depois usá-lo para derrubar a democracia não é, por si só, uma ideia nova. De fato, talvez o evento paradigmático anticanônico em torno do qual o direito constitucional comparado moderno foi construído - a derrubada nazista da Alemanha de Weimar - tenha ocorrido pelo uso de meios constitutivamente discutíveis<sup>22</sup>. Num terrível e instável ambiente político e econômico, com uma série de governos de coalizão caindo em rápida sucessão, os nazistas passaram de um partido marginal para um grande movimento. Hitler foi nomeado chanceler de um governo de coalizão em 1933 e, em seguida, convenceu o Presidente e o *Reichstag* a lhe dar os poderes ditatoriais necessários para criar um Estado totalitário<sup>23</sup>. Esse pesadelo consistente na utilização do constitucionalismo para destruir a democracia permeou grande parte do pensamento constitucional do pós-guerra, incluindo o conceito de "democracia militante", considerado em mais detalhes na Seção 03<sup>24</sup>.

No entanto, existem grandes diferenças entre a tomada nazista na Alemanha de Weimar e as ferramentas constitucionais abusivas consideradas neste artigo. Mais importante ainda, os nazistas substituíram a República de Weimar por um regime plenamente autoritário, usando o constitucionalismo para destruir completamente a democracia. A existência de regimes claramente autoritários diminuiu com o tempo, novamente em grande parte devido às mudanças no ambiente internacional pesquisado acima<sup>25</sup>. No entanto, nem todos esses regimes se tornaram totalmente democráticos - em vez disso, muitos se tornaram o que os cientistas políticos chamam de "autoritarismo competitivo", "autocracias eleitorais" ou simplesmente regimes "híbridos", fundindo alguns aspectos da democracia com alguns aspectos do autoritarismo<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> Ver, em geral, DYZENHAUS, David. *LEGALITY AND LEGITIMACY: CARL SCHMITT, HANS KELSEN AND HERMANN HELLER IN WEIMAR*, 1997 (observando que a tomada do poder nazista sobre a República de Weimar ocorreu por meios jurídicos válidos).

<sup>23</sup> Ver, e.g., FONTANA, David. Government in Opposition, 119 *YALE L.J.* 548, p. 598, 2009 (descrevendo como os nazistas usaram seu poder dentro do governo para "eliminar a oposição e eventualmente revogar toda a constituição de Weimar"); LEVINSON, Sanford; BALKIN, Jack M. Constitutional Dictatorship: Its Dangers and Its Design, 94 *MINN. L. REV.* 1789, p. 1811, 2010. (observando o uso de poderes de emergência pelos nazistas na Constituição de Weimar).

<sup>24</sup> Ver subseção 3.1.

<sup>25</sup> Por exemplo, dados da *Freedom House* mostram que, levando em consideração todos os países, os regimes classificados como "não livres" caíram constantemente de 46%, em 1972, para 24%, em 2012. Durante o mesmo período, a porcentagem de regimes classificados como "parcialmente livres" - uma categoria razoável para os "regimes híbridos" discutidos neste artigo - aumentou de 25% para 30%. Ver FREEDOM HOUSE, *LIBERDADE NO MUNDO 2013*, n. 24, 2013. Disponível em: <http://www.freedomhouse.org/%20sites/default/files/FIW%202013%20Charts%20and%20Graphs%20for%20Web.pdf>.

<sup>26</sup> Ver, e.g., LEVITSKY, Steven. WAY, A. Lucan. *COMPETITIVE AUTHORITARIANISM: HYBRID REGIMES AFTER THE COLD WAR 5*, 2010 ("Regimes autoritários competitivos são regimes civis nos quais as instituições democráticas formais existem e são amplamente vistas como o principal meio de se chegar ao poder, mas aqueles que ocupam os cargos do Estado abusam do seu poder para criar uma vantagem significativa em relação a seus oponentes"); DIAMOND, Larry. Thinking About Hybrid Regimes, *J. DEMOCRACY*, Apr. 2002, p. 21-22 (observando que regimes como Rússia, Venezuela, Turquia e Ucrânia têm eleições, mas não parecem ser verdadeiramente democráticos); SCHEDLER, Andreas. The Logic of Electoral Authoritarianism, in *ELECTORAL AUTHORITARIANISM: THE DYNAMICS OF UNFREE COMPETITION 1*, p. 3-5, 2006 (demarcando e explicando o conceito de "autoritarismo eleitoral"). Há



Esses regimes geralmente satisfazem os atores internacionais na medida em que são suficientemente democráticos para evitar sanções e outras consequências - as eleições são realizadas e elas não constituem completas fraudes. Existe concorrência eleitoral suficiente para as forças da oposição competirem e, ocasionalmente, vencerem<sup>27</sup>. Mas, ao mesmo tempo, o estoque de medidas, com vários métodos distintos, é sistematicamente empilhado contra aqueles que tentam destituir os titulares do poder: controle governamental da mídia, assédio a políticos e agentes da oposição, uso de recursos estatais para garantir votos e, em alguns casos, fraude eleitoral<sup>28</sup>. Como resultado, os ocupantes atuais dos cargos tendem a permanecer no poder e os mecanismos de responsabilidade vertical ficam distorcidos.

Ademais, nesses regimes, os atores e as forças políticas dominantes tendem a controlar não apenas os ramos do governo, mas também os mecanismos de responsabilização horizontal que devem checar os atores políticos. Assim, instituições como cortes, ministério público, procuradorias e comissões eleitorais tendem a ser controladas pelos titulares dos cargos políticos<sup>29</sup>. Em vez de servirem como entes que verificam de maneira independente os atos do governo, essas instituições trabalham ativamente em nome de seus projetos políticos. O resultado não é apenas minar a competição eleitoral, mas também limitar drasticamente a extensão da proteção dos direitos dos grupos minoritários dentro desses sistemas. O principal problema, então, consiste na razoável facilidade de se construir um regime aparentemente democrático, mas que, na realidade, não o é totalmente, pelo menos em duas dimensões importantes: fiscalizações verticais e horizontais dos líderes eleitos e proteção de direitos para grupos fora do poder. Um regime com essas duas características - uma relativa ausência de fiscalização e falta de proteção de direitos - é significativamente menos democrático do que um regime com níveis mais altos de responsabilização vertical e horizontal e proteção de direitos. Além disso, uma ausência de verificação dos atos governamentais está plausivelmente associada a outros males, como o aumento dos níveis de corrupção. Nos exemplos abaixo, demonstrarei como os regimes existentes em três países - Colômbia, Venezuela e Hungria - tentaram usar mecanismos de mudança constitucional para avançar em direção a esse tipo de regime<sup>30</sup>.

---

também um conceito relacionado discutido por Guillermo O'Donnell, a chamada "democracia delegada", no qual os líderes estão sujeitos à responsabilidade vertical por meio de eleições, mas não à responsabilidade horizontal através da fiscalização empreendida por cortes ou legislaturas. Ver O'DONNELL, Guillermo. *Delegative Democracy*, *J. DEMOCRACY*, Jan. 1994, p. 55-56. O conceito de "democracia delegativa", no entanto, é diferente do tipo de regime discutido aqui porque ao menos pressupõe uma chance justa de depor periodicamente os titulares de cargos estatais.

<sup>27</sup> Ver LEVITSKY & WAY, nota 27, 12 (observando que os titulares de regimes autoritários competitivos "temem uma possível vitória da oposição" e precisam "trabalhar duro para impedi-la").

<sup>28</sup> Ver id. (observando que a "concorrência desleal" é elemento-chave no regime "autoritário competitivo", com a oposição sujeita a "vigilância, assédio e violência ocasional" e com as autoridades eleitorais e judiciais geralmente empregadas contra ela em vez de agir como árbitros neutros).

<sup>29</sup> Ver id. 29-30.

<sup>30</sup> Não estou afirmando que a manipulação das regras constitucionais por parte de titulares poderosos dos cargos estatais seja um fenômeno novo. As constituições latino-americanas, por exemplo, têm uma longa história de serem manipuladas para em proveito de determinados atores. Ver, e.g., SCHOR, Miguel, *Constitutionalism Through the Looking Glass of Latin America*, 41 *TEX. INT'L L.J.* v. 1, n. 4, 2006 (lamentando "[a] facilidade com que as constituições podem ser mudadas ou ignoradas" na América Latina).

## 2.2 Constitucionalismo abusivo por emendas: Colômbia

A Colômbia manteve historicamente uma aparência de democracia, em grande parte baseada em eleições regulares e rotatividade na ocupação da presidência, com apenas um pequeno número de exceções históricas. O país, por exemplo, teve bem menos - e mais curtos - interlúdios de autoritarismo militar do que seus vizinhos<sup>31</sup>. Além disso, historicamente, os presidentes geralmente se limitam a um único mandato e isso ajudou a manter a ordem democrática, o que impediu o surgimento de homens fortes com domínio contínuo sobre o governo<sup>32</sup>.

No entanto, o presidente Alvaro Uribe Velez testou esse paradigma depois de vencer as eleições em 2002. Como Hugo Chávez na Venezuela, ele ganhou a corrida eleitoral como um *outsider*, concorrendo contra o sistema tradicional de dois partidos<sup>33</sup>. Ele ganhou popularidade substancial como resultado da percepção popular de que era o responsável por uma queda acentuada da violência no país<sup>34</sup> e fez uso dessa popularidade para promover uma emenda à Constituição que lhe permitiu um segundo mandato no cargo<sup>35</sup>. A Constituição da Colômbia é bastante fácil de emendar, exigindo-se apenas uma maioria absoluta do Congresso em duas sessões consecutivas, e Uribe conseguiu facilmente ultrapassar esse limiar<sup>36</sup>.

Um grupo de cidadãos contestou a reforma constitucional perante a Corte Constitucional da Colômbia alegando a existência de irregularidades processuais e que a reforma constituía uma “substituição da Constituição” que não poderia ser realizada por emenda, mas apenas por uma nova Assembleia Constituinte<sup>37</sup>. No segundo ponto, eles enfatizaram que o intento da Constituição foi estabelecer mandatos presidenciais de apenas um período, e que, ao se permitir tal ampliação para um segundo termo, Uribe poderia

<sup>31</sup> Ver BUSHNELL, David. *THE MAKING OF MODERN COLOMBIA: A NATION IN SPIITE OF ITSELF*, p. 284-85, 1993.

<sup>32</sup> Ver id. 284.

<sup>33</sup> Ver WEYLAND, Kurt. Neopopulism and Neoliberalism in Latin America: How Much Affinity?, *24 THIRD WORLD Q.* 1095, p. 1111, 2003 (rotulando Uribe de populista que venceu eleições fora do sistema tradicional de partidos políticos). Como na Venezuela, o sistema partidário tradicional do país vinha perdendo legitimidade com o tempo, principalmente desde a promulgação de uma nova Constituição, em 1991. Ver LEONGÓMEZ, Eduardo Pizarro. Giants with Feet of Clay: Political Parties in Colombia, in MAINWARING, Scott. *et. al. eds. THE CRISIS OF DEMOCRATIC REPRESENTATION IN THE ANDES* 78, 2006. p. 78-79

<sup>34</sup> Ver, e.g., MASON, Ann. Colombia's Democratic Security Agenda: Public Order in the Security Tripod, *26 SEC. DIALOGUE* 391, p. 396-98, 2003 (explicando a política de “segurança democrática” de Uribe e seus resultados na redução da violência de guerrilha).

<sup>35</sup> Ver UPRIMNY, Rodrigo. The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges, *89 TEX. L. REV.* 1587, 1598 & n.76, 2011.

<sup>36</sup> Ver CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA [C.P.] art. 375 (exigindo uma maioria simples do Congresso no primeiro turno e uma maioria absoluta no segundo turno).

<sup>37</sup> Ver Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], Outubro 19, 2005, Sentencia C-1040/05, Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] (Colom.), disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1040-05.htm>. A doutrina da substituição constitucional sustenta que certas emendas são substancialmente inconstitucionais porque elas efetivamente criam uma nova constituição em vez de alterar a existente. Essas mudanças devem ser feitas por meio de Assembleias Constituintes e substituição da constituição, não por meio de emendas. Ver *infra* Seção 4.2 (discutindo a doutrina). Ver, em geral, BERNAL PULLIDO, Carlos. Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: An Analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine, *11 INT'L J. CONST. L.* 339, 2013 (examinando a jurisprudência relevante e o desenvolvimento da justificativa da doutrina).

nomear muitos dos oficiais responsáveis por fiscalizá-lo<sup>38</sup>. Eles também observaram que Uribe gozaria de vantagens eleitorais substanciais por causa de seu cargo e, portanto, seria difícil retirá-lo da Presidência nas eleições. A Corte respondeu que dois mandatos presidenciais são razoavelmente normais internacionalmente, que os quatro anos extras não lhe permitiam capturar todas ou a maioria das instituições de controle, e que salvaguardas legais especiais tomadas durante a campanha de reeleição ajudariam a neutralizar as vantagens de Uribe<sup>39</sup>. No entanto, também alertou [a Corte] que a concessão de termos adicionais - além de dois - pode muito bem ser inconstitucional, uma vez que as vantagens eleitorais usufruídas pelo titular cresceriam e as fiscalizações horizontais de seu poder diminuiriam<sup>40</sup>.

A Corte foi forçada a enfrentar essa situação quatro anos depois, após Uribe vencer o segundo mandato. Os apoiadores do ainda popular presidente trabalharam para aprovar no Congresso uma emenda que permitia um terceiro mandato, e o órgão aprovou um referendo para saber se três mandatos consecutivos deveriam ser permitidos<sup>41</sup>. Se tivessem apresentado ao público, o referendo quase certamente teria passado, uma vez que Uribe continuou a ter índices de aprovação bem acima de sessenta por cento<sup>42</sup>. A Corte Constitucional foi novamente confrontada com o problema da constitucionalidade dessa emenda, tanto processual quanto materialmente - mas, desta vez, o órgão judicial derrubou-a por ambos os motivos<sup>43</sup>. Processualmente, a Corte encontrou problemas com o financiamento da iniciativa e com a sua passagem pelo Congresso. No mérito, apontou em detalhes as maneiras pelas quais a reeleição de Uribe lhe permitiria influenciar a seleção de praticamente todos os funcionários que deveriam estar fiscalizando-o e, portanto, ela teria “profundas repercussões no desenho institucional adotado pela Assembleia Constituinte”<sup>44</sup>. Além disso, observou que as vantagens do fato de Uribe exercer o cargo de presidente potencialmente aumentariam ao longo do tempo, tornando-o cada vez mais difícil retirá-lo do governo. Em suma, a Corte considerou que a segunda reeleição constituía uma “substituição da Constituição” porque criaria uma presidência tão forte que enfraqueceria as instituições democráticas<sup>45</sup>.

A decisão foi cumprida e Uribe não concorreu ao terceiro mandato<sup>46</sup>. Provavelmente seria muito dizer que a Corte conseguiu impedir que a Colômbia se tornasse um regime autoritário competitivo; ao contrário de Hugo Chávez na Venezuela ou Rafael Correa no

<sup>38</sup> Outras instituições costumam ter mandatos escalonados para que nenhum presidente possa nomear todos eles. Por exemplo, o *ombudsman* nacional (*Defensor del Pueblo*), o Procurador Geral e o Ministério Público (Procuradoria) têm mandatos de quatro anos que não são iguais aos do Presidente. Ver CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA [C.P.] arts. 249, 281. Os juízes do Conselho de Estado, da Corte Suprema e da Corte Constitucional têm mandatos de oito anos. Ver id. art. 233.

<sup>39</sup> Ver C.C., Outubro 19, 2005, Sentencia C-1040/05, §§ 7.10.4.1–7.10.4.2, G.C.C. (Colom.). A emenda incluía a exigência de que o Congresso aprovasse uma lei que regulasse os direitos da oposição a fim de garantir condições equitativas de concorrência nas eleições. Ver L. 2/04, diciembre 28, 2004, DIARIO OFICIAL [D.O.] No. 45.775 (Colom.).

<sup>40</sup> Ver C.C., Sentencia C-1040/05, §§ 7.10.4.1–7.10.4.2.

<sup>41</sup> Ver L. 1354/09, Septiembre 8, 2009, D.O. No. 47.466 (Colom.).

<sup>42</sup> Ver Popularidad de Alvaro Uribe cae 6 puntos y se ubica en 64 por ciento, su nivel mas bajo en 7 años, *EL TIEMPO* (Colom.) (Nov. 6, 2009), disponível em: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-6527007><http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS6527007>.

<sup>43</sup> Ver C.C., febrero 26, 2010, Sentencia C-141/10, pt. VI, G.C.C. (Colom.), disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-141-10.htm>.

<sup>44</sup> Ver id. §§ 6.3.6.1, 6.3.7 (explicando a influência que uma presidência de doze anos teria no Banco Central, no Ministério Público, na Corte Constitucional, na Procuradoria e em outras instituições).

<sup>45</sup> Ver id.

<sup>46</sup> Ver POSADA-CARBÓ, Eduardo. Colombia After Uribe, *J. DEMOCRACY*, Jan. 2011, p. 137.

Equador, Uribe não lançou ataques frontais contra a maioria dos controles horizontais de seu poder nem ameaçou refazer toda a ordem institucional. Além disso, o regime colombiano contém um alto número de instituições fiscalizatórias relativamente autônomas, e não seria fácil para Uribe controlar todas essas instituições<sup>47</sup>. Mas a Corte provavelmente impediu uma erosão significativa da democracia, impedindo que um presidente forte se mantivesse no poder indefinidamente.

### 2.3 Constitucionalismo abusivo por substituição: Venezuela

O presidente Hugo Chávez venceu uma eleição na Venezuela em 1998 com 56% dos votos, concorrendo como candidato independente no sistema tradicional nacional de dois partidos<sup>48</sup>. O país desfrutou de uma democracia bipartidária bastante forte por várias décadas, mas, na época em que Chávez foi eleito, os dois partidos tradicionais perderam o apoio e estavam enfrentando uma série de escândalos de corrupção<sup>49</sup>. Ainda assim, Chávez enfrentou oposição de membros dos dois partidos, que continuaram a controlar a maioria no Congresso Nacional, na Suprema Corte, nos governos estaduais e locais, além de outros órgãos<sup>50</sup>. Com a oposição controlando a maioria das instituições, Chávez não tinha ampla capacidade de cumprir sua agenda.

Para neutralizar essa oposição, Chávez argumentou que a Constituição existente deveria e poderia ser substituída. A Constituição venezuelana em vigor previa sua modificação apenas via emendas aprovadas pelo Congresso; como a maioria dos textos, nada dizia sobre sua própria substituição<sup>51</sup>. Mas Chávez argumentou que o “povo” detinha um poder constitucional inerente de substituir seu texto constitucional e propôs um referendo para determinar se as eleições para uma Assembleia Constituinte deveriam ser realizadas. A Suprema Corte concordou com a proposta, observando que o público detinha um “poder constituinte original” que era “anterior e superior ao regime jurídico estabelecido” e, portanto, tinha o poder de substituir o texto constitucional existente<sup>52</sup>. Nos casos subsequentes, no entanto, a Corte vacilou na definição dos poderes detidos pela Assembleia. Ela tentou limitar esse poder sustentando que o órgão estava “vinculado ao espírito da

<sup>47</sup> Ver, e.g., LANDAU, David. Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law, 51 *HARV. INT'L L.J.* 319, p. 338-39, 2010 (descrevendo o papel da Corte Constitucional e de outras instituições, como o *Ombudsman*, na ordem constitucional colombiana).

<sup>48</sup> Ver COPPEDGE, Michael. Venezuela: Popular Sovereignty Versus Liberal Democracy, in DOMINGUEZ, Jorge I; SHIFTER, Michael eds. *CONSTRUCTING DEMOCRATIC GOVERNANCE IN LATIN AMERICA* 165, 167, 2nd. ed. 2003.

<sup>49</sup> O país viveu sob uma democracia bipartidária por várias décadas, com os dois principais partidos alternando o poder, mas excluindo certos grupos sociais - particularmente à direita - de exercer o controle político. O sistema desfrutou de legitimidade substancial por longos períodos de tempo, mas, quando Chávez foi eleito, devido à crise econômica e à sensação de que o sistema estava servindo apenas aos interesses das pessoas que o compunham, houve perda de legitimidade. Ver, em geral, COPPEDGE, Michael, *STRONG PARTIES AND LAME DUCKS: PRESIDENTIAL PARTYARCHY AND FACTIONALISM IN VENEZUELA*, 1994 (explicando como a “partidocracia” venezuelana, com o tempo, corroeu a legitimidade do regime).

<sup>50</sup> Ver Coppedge, nota 49, 179 tbl.8.5 (mostrando que o grupo de oposição continuou ocupando 118 dos 188 assentos na Câmara e 67 dos 100 assentos no Senado).

<sup>51</sup> Ver CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA, arts. 245, 246, 1961.

<sup>52</sup> Ver Caso. Junta Directiva de la Fundación para los Derechos Humanos, Corte Suprema de Justicia: Sala Político-Administrativa [Supreme Court of Justice: Political-Administrative Chamber], 19 de Enero, 1999 (Venez.), reimpresso em 77-80 *REVISTA DE DERECHO PUBLICO* 56, 56-57, 1999.

Constituição em vigor e, portanto... limitado pelos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito”<sup>53</sup>. Essas limitações, entretanto, nunca se mostraram eficazes, visto que a Corte nunca as usou para derrubar um ato importante de Chávez ou da Assembleia<sup>54</sup>. Uma vez que a Assembleia fosse realmente convocada, a Corte poderia retornar à sua posição de que ela foi investida de “poder constituinte originário” e, portanto, não poderia ser controlada pelas instituições existentes do Estado<sup>55</sup>.

Dessa forma, Chávez escreveu as regras para a eleição para a Assembleia por conta própria e conseguiu criar um conjunto de regras eleitorais que lhe eram imensamente favoráveis: seu partido obteve 60% dos votos, mas ocupou 90% dos assentos na Assembleia<sup>56</sup>. Uma vez convocada, a Assembleia concentrou-se em fechar as instituições ainda controladas pelo antigo sistema bipartidário: suspendeu o Congresso, criou um Conselho encarregado de expurgar o Judiciário, removeu funcionários de nível estatal e, por fim, fechou a própria Suprema Corte<sup>57</sup>. Algumas dessas ações foram contestadas perante a Suprema Corte, mas, aplicando a doutrina do “poder constituinte originário”, ela se recusou a intervir<sup>58</sup>. Além disso, a nova Constituição promulgada por Chávez aboliu o prazo do mandato único presidencial de 04 anos presente na constituição até então existente e o substituiu por uma permissão para o exercício de dois mandatos de 06 anos cada, permitindo efetivamente que Chávez

<sup>53</sup> Caso. Gerardo Blyde Pérez, Corte Suprema de Justicia: Sala Político-Administrativa [Supreme Court of Justice: Political-Administrative Chamber], 23 de Marzo, 1999 (Venez.), disponível em: 77-80 *REVISTA DEL DERECHO PUBLICO* 83, 84, 1999. Essa linguagem foi usada no esclarecimento de uma decisão em um caso anterior, no qual a Corte derrubou as questões do referendo formuladas por Chávez. A segunda pergunta pediu ao público que votasse sobre a convocação de uma Assembleia Constituinte sob regras eleitorais que posteriormente seriam formuladas por ele. Ver Caso. Gerardo Blyde, contra la Resolución No 990217-32 del Consejo Nacional Electoral (17-2-99), Corte Suprema de Justicia: Sala Político-Administrativa [Supreme Court of Justice: Political-Administrative Chamber], 18 de Marzo, 1999 (Venez.), reimpresso em 77-80 *REVISTA DE DERECHO PUBLICO* 73, 78-82, 1999. A Corte considerou que essa fórmula era inconstitucional porque não garantiria que a Assembleia representasse “a verdadeira vontade popular”. Id. 80.

<sup>54</sup> A Corte derrubou medidas simbólicas, como uma que definia a Assembleia como “um poder original que carrega a soberania popular”. Ver Caso. Gerardo Blyde vs. Consejo Supremo Electoral, Corte Suprema de Justicia: Sala Político-Administrativa [Supreme Court of Justice: Political-Administrative Chamber], 13 de Abril, 1999 (Venez.), reimpresso em 77-80 *REVISTA DE DERECHO PUBLICO* 85, 85, 1999. Em outro caso, a Corte considerou que as declarações de Chávez na televisão não deixaram claro que a Assembleia estava sujeita ao controle da ordem constitucional existente. Ver Caso. Alberto Franceschi y Otros, Corte Suprema de Justicia: Sala Político-Administrativa [Supreme Court of Justice: Political-Administrative Chamber], 21 de Julio, 1999, (Venez.), reimpresso em 77-80 *REVISTA DE DERECHO PUBLICO* 104, v. 106, n. 110, 1999.

<sup>55</sup> Ver Caso. Vicepresidente del Congreso de la República vs. Asamblea (decreto 25-8-99), Corte Suprema de Justicia: Sala Plena [Supreme Court of Justice: Plenary Session], 14 de Octubre, 1999, (Venez.), reimpresso em 77-80 *REVISTA DE DERECHO PUBLICO* 111, 111, 1999.

<sup>56</sup> Renata Segura & Ana María Bejarano, ¡Ni una asamblea más sin nosotros! Exclusion, Inclusion, and the Politics of Constitution-Making in the Andes, 11 *CONSTELLATIONS* 218, 225, p. 228-30, 2004.

<sup>57</sup> Como prelúdio dessas ações, Chávez colocou seu mandato à disposição da Assembleia, afirmando que ele tinha o poder de removê-lo de seu cargo, se assim o desejasse, pois possuía soberania sobre todas as instituições de Estado. A Assembleia, surpreendida, debateu a moção e “ratificou” Chávez como presidente com nenhum voto contrário e 03 abstenções. Ver Gaceta Constitucional, No. 5, August 9, 1999.

<sup>58</sup> O fechamento do Congresso foi contestado em frente à Suprema Corte, mas o tribunal inteiro se recusou a declarar a ação inconstitucional. Ver Caso. Vicepresidente del Congreso de la República, reprinted in 77-80 *REVISTA DE DERECHO PUBLICO*, 120. Como observou o proeminente jurista venezuelano Allan Brewer-Carias, ao assim decidir, a Corte, essencialmente, assinou sua própria “sentença de morte”, abrindo caminho para a abolição de todas as outras instituições que existiam sob a antiga ordem. Ver Allan R. Brewer-Carias, La Configuración Judicial del Proceso Constituyente en Venezuela de 1999: O de Cómo el Guárdian de la Constitución Abrió el Camino Para Su Violación y Para su Propia Extinción, reimpresso em 77-80 *REVISTA DE DERECHO PUBLICO* 453, 502, 1999.

permanecesse no poder por mais 12 anos<sup>59</sup>. Também foi ampliado o alcance dos atos do Poder Executivo, transformando um dos mais fracos presidencialismos da América Latina num dos mais fortes<sup>60</sup>. Todo o processo constituinte foi concluído em apenas alguns meses e, dado que Chávez controlava a Assembleia, praticamente não houve debate sobre a maioria das disposições<sup>61</sup>.

O processo constituinte de 1999 deu a Chávez meios legais de arregimentar poder, removendo figuras da oposição e substituindo-as com o fim de projetar instituições que ele pudesse controlar. Nesse sentido, ajudou a consolidar um regime autoritário competitivo, no qual Chávez manteve-se no poder continuamente até sua morte, em 2013, e conseguiu controlar a maioria das outras instituições no país. Posteriormente, ele conseguiu sua influência sobre o Estado para promover outras emendas constitucionais que aumentaram seu poder, como um pacote de 2009 que removeu completamente os limites de mandatos presidenciais sucessivos<sup>62</sup>.

Essa tática - substituir uma constituição existente como forma de consolidar o poder - se espalhou além de Chávez para vários outros regimes na América Latina. Tanto Rafael Correa, no Equador, como Evo Morales, na Bolívia, também se basearam na substituição constitucional como uma maneira de eliminar os controles horizontais de seu poder e consolidar regimes autoritários competitivos<sup>63</sup>. E, como explorado em mais detalhes abaixo, Manuel Zelaya tentou adotar uma tática semelhante, em Honduras, antes de ser removido do poder<sup>64</sup>.

O caso equatoriano, por exemplo, é ilustrativo da mesma estratégia básica usada por Chávez na Venezuela. O presidente Rafael Correa venceu a eleição, com 52% dos votos, como um outsider de um sistema político desacreditado, e seu movimento foi tão antissistêmico que ele não buscou cadeiras no Congresso<sup>65</sup>. Uma vez eleito, Correa ameaçou dissolver o órgão legislativo e propôs um referendo para alcançar esse objetivo, além de convocar uma nova Assembleia Constituinte para substituir a Constituição existente. O Congresso, diante dessa pressão, cedeu e, por maioria de votos, permitiu um referendo sobre a convocação de uma Assembleia Constituinte<sup>66</sup>. Correa, no entanto, alterou unilateralmente os termos do referendo para incluir disposições adicionais, como uma que pedia a imediata dissolução do

<sup>59</sup> Ver CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, art. 230, 1999.

<sup>60</sup> Ver NEWMAN, Katja S. *Constitutional Coups: Advancing Executive Power in Latin American Democracies* 27-29 (May 7, 2011) (manuscrito não publicado) (nos arquivos do autor), disponível em: <http://www.democracy.uci.edu/files/democracy/docs/conferences/grad/2011/Newman%20CSD%202011%20Grad%20Conf%20CONSTITUTIONAL%20COUPS.pdf> (finding based on an index that presidential power was increased by 121%).

<sup>61</sup> Ver Landau, *Constitution-Making*, nota 03 1, 941-49 (descrevendo o processo constituinte na Venezuela).

<sup>62</sup> Ver, e.g., BREWER-CARÍAS, Allan R. *Venezuela 2009 Referendum on Continuous Reelection: Constitutional Implications* 4 (Feb. 9, 2009) (manuscrito não publicado) (nos arquivos do autor). Disponível em: [http://ilas.columbia.edu/images/uploads/workingpapers/Allan\\_Brewer-Carias-Venezuela\\_2009\\_Referendum\\_on\\_Continuous\\_Re-Election\\_Constitutional\\_Implications.pdf](http://ilas.columbia.edu/images/uploads/workingpapers/Allan_Brewer-Carias-Venezuela_2009_Referendum_on_Continuous_Re-Election_Constitutional_Implications.pdf) (observando que a Assembleia Nacional utilizou o procedimento de Emenda Constitucional para “estabelecer a possibilidade de reeleição indefinida e contínua do Presidente da República”).

<sup>63</sup> Ver, e.g., Landau, *Constitution-Making*, nota 03, 949-58 (descrevendo a substituição constitucional na Bolívia).

<sup>64</sup> Ver subseção 4.1.

<sup>65</sup> Ver GRIJALVA, Agustín. *Courts and Political Parties: The Politics of Constitutional Review in Ecuador* 151-52 (April 14, 2010) (tese de doutorado não publicada, Universidad de Pittsburgh) (arquivo do autor), disponível em: [http://d-scholarship.pitt.edu/7334/1/grijalva\\_agustin\\_2010\\_etd.pdf](http://d-scholarship.pitt.edu/7334/1/grijalva_agustin_2010_etd.pdf).

<sup>66</sup> Ver CONAGHAN, Catherine M. Ecuador: Correa’s Plebiscitary Presidency, *J. DEMOCRACY*, Apr. 2008, 51.

Congresso. Quando o Congresso respondeu iniciando um processo de impeachment contra o Presidente, o Supremo Tribunal Eleitoral - que ele controlava - destituiu 57 membros do Congresso<sup>67</sup>.

Como na Venezuela, o texto constitucional resultante criou uma presidência muito mais forte<sup>68</sup>. Mais importante, deu a Correa a oportunidade de controlar todas as várias instituições (incluindo o Congresso e a Corte Constitucional) que fiscalizavam seu poder. O resultado é outro regime autoritário competitivo; o Equador continua a realizar eleições, mas a oposição agora tem que lidar com um campo competitivo fortemente inclinado contra ela<sup>69</sup>.

## 2.4 Uma combinação de reforma e substituição: Hungria

Na Hungria, o Partido Fidesz venceu as eleições parlamentares de 2010 com 53% dos votos. Eles ocuparam o lugar dos socialistas que anteriormente governavam, que estavam administrando uma economia em deterioração. No entanto, devido à maneira como as regras de votação húngaras funcionavam, os 53% dos votos se traduziam em 68% dos assentos, uma supermaioria suficiente para emendar a Constituição existente<sup>70</sup>. O Partido Fidesz detém um intrincado e oportunista passado ideológico: começou como um partido libertário após a transição do comunismo, mas se tornou um partido conservador após sofrer derrotas eleitorais<sup>71</sup>.

Embora o Partido Fidesz não tenha feito uma campanha baseada em plataformas de mudanças constitucionais, ele avançou no sentido de uma reforma constitucional radical depois de vencer as eleições de 2010. Promulgou pela primeira vez uma série de emendas constitucionais - dez nos meses finais de 2010 - que enfraqueceram as instituições que servem para fiscalizar as maiorias parlamentares, particularmente a Corte Constitucional<sup>72</sup>. O Parlamento reformou a Constituição para dar aos membros do Fidesz mais poder unilateral sobre o processo de nomeação, e depois que a Corte reduziu um imposto retroativo sobre os bônus recebidos pelos funcionários públicos que saíam dos seus cargos, o Parlamento respondeu aprovando uma emenda constitucional que retirava a maior parte da jurisdição da

<sup>67</sup> Ver id. 52. Além disso, quando a Corte Constitucional tentou intervir em nome dos congressistas depostos, o novo Congresso - que Correa controlava - simplesmente removeu os juízes alegando que seus mandatos haviam expirado. Ver Grijalva, nota 66, 153.

<sup>68</sup> Ver Newman, nota 61, p. 27-28.

<sup>69</sup> LEVITSKY, Steven. LOXTON, James. Populism and Competitive Authoritarianism in the Andes, *20 DEMOCRATIZATION* 107, 121, 2013. Conaghan se refere ao Equador como uma democracia "plebiscitária", explicando como Correa conseguiu enfraquecer todos os outros ramos do governo e governar levando sua agenda diretamente ao povo. Ver Conaghan, note 67, 47-48. Independentemente do rótulo, no entanto, as ações de Correa enfraqueceram a democracia de uma maneira particular.

<sup>70</sup> As regras de votação em vigor deram impulso majoritário ao partido no sentido de obter uma pluralidade de votos, ajudando assim o Fidesz a conseguir assentos extras. Ver BANKUTI, Miklós et al., Disabling the Constitution, *J. DEMOCRACY*, July 2012, 139.

<sup>71</sup> Ver, e.g., KISS, Csilla. From Liberalism to Conservatism: The Federation of Young Democrats in Post-Communist Hungary, *16 E. EUR. POL. & SOC'Y* 739, p. 741-44, 2002 (traçando as mudanças ideológicas no Fidesz).

<sup>72</sup> O Parlamento também aprovou uma série de leis que tiveram efeitos importantes na ordem democrática. Por exemplo, um conjunto de normas sobre mídia que diziam respeito às críticas, o qual potencialmente reduzia a independência dos meios de comunicação. Ver, e.g., DEMPSEY, Judy. Hungary Waves off Criticism Over Media Laws, *N.Y. TIMES*, Dec. 25, 2010. Disponível em: [http://www.nytimes.com/2010/12/26/world/europe/26hungary.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2010/12/26/world/europe/26hungary.html?_r=0).

Corte sobre questões fiscais e orçamentárias<sup>73</sup>. Foi solicitada à Corte que anulasse essa alteração com o argumento de que ela era substancialmente inconstitucional porque estava em desacordo com a ordem constitucional existente, mas a maioria do órgão se recusou a adotar esse posicionamento e sustentou que só poderia revisar emendas constitucionais por problemas procedimentais<sup>74</sup>.

O Fidesz então avançou com um plano de substituição constitucional - usando a sua maioria de dois terços no Parlamento, começou a escrever um texto inteiramente novo<sup>75</sup>. O processo foi amplamente criticado por não ser inclusivo; o partido usou um dispositivo parlamentar para evitar a maior parte das deliberações sobre o projeto e quase nenhuma contribuição foi recebida das forças políticas da oposição<sup>76</sup>. Como no caso venezuelano, a nova Constituição prejudica os controles horizontais dessa maioria, o que pode ajudá-la a perpetuar-se indefinidamente no poder. A nova Constituição amplia o tamanho da Corte Constitucional, dando assim ao partido no governo assentos adicionais a preencher<sup>77</sup>. Também cria um novo Escritório Nacional de Justiça, controlado pelo partido, com amplos poderes sobre a seleção de juízes e a designação de casos dentro da jurisdição ordinária<sup>78</sup>. A idade da aposentadoria judicial foi reduzida de 70 para 62 anos, dando ao Escritório Judiciário

<sup>73</sup> Ver HALMAI, Gábor. Unconstitutional Constitutional Amendments: Constitutional Courts as Guardians of the Constitution?, *19 CONSTELLATIONS* 182, p. 191-92, 2012.

<sup>74</sup> Ver id. 195-96. A maioria da Corte sugeriu que havia partes imutáveis da ordem constitucional, mas sustentou também que estava além de seu poder efetivamente fazer cumprir esses limites.

<sup>75</sup> ARATO, Andrew. Post-Sovereign Constitution-Making in Hungary: After Success, Partial Failure, and Now What?, *26 S. AFR. J. HUM. RTS.* 19, 43, 2010. A situação constitucional húngara era peculiar; o país nunca escreveu uma nova constituição quando fez a transição para a democracia, mas sim manteve o antigo texto da era comunista com emendas substanciais. A antiga Constituição admitia abertamente sua substituição, mas nenhum ato dessa natureza se materializou durante os 20 primeiros anos do regime democrático. Ver id. 27-28 (explorando o porquê de nenhuma constituição permanente ter sido promulgada). O Fidesz também usou sua maioria de dois terços para alterar uma parte da antiga Constituição, que provavelmente já havia deixado de produzir efeito, exigindo a aprovação de quatro quintos do Parlamento para “estabelecer as regras e procedimentos para a preparação de um nova Constituição”. Ver A MAGYAR KÖZTÁRSASÁG ALKOTMÁNYA [CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF HUNGARY] (1995), art. 24(5), (declarando que o requisito de quatro quintos expiraria quando o Parlamento eleito em 1994 terminasse). Mas ver Andrew Arato, Arato on Constitution-Making in Hungary and the 4/5ths Rule, *COMP. CONSTS. BLOG* (Apr. 6, 2012, 7:19 AM). Disponível em: <http://www.comparativeconstitutions.org/2011/04/arato-on-constitution-making-in-hungary.html> (argumentando que a regra dos quatro quintos ainda pode estar em vigor).

<sup>76</sup> Ver EUR. COMM’N FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMM’N), Opinion on Three Legal Questions Arising in the Process of Drafting the New Constitution, 86th Sess., Op. No. 614/2011, p. 4-5 (Mar. 28, 2011), [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)001-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)001-e) (levantando preocupações sobre a falta de participação da oposição no processo, a falta de transparência e o curto prazo por meio do qual a Constituição foi redigida).

<sup>77</sup> Ver MAGYARORSZÁG ALAPTÖRVÉNYE [FUNDAMENTAL LAW OF HUNGARY] [CONSTITUTION] (2011), art. 24, § 4 (ampliando o tamanho da Corte de 11 para 15 membros).

<sup>78</sup> Observe que o Escritório Judiciário Nacional foi criado e definido por uma lei complementar, não pela Constituição. A Constituição exigia a elaboração de leis complementares para governar várias áreas, assim como requer uma maioria de dois terços para criar ou alterar esse tipo de norma. Id. art. T, § 4; ver também EUR. COMM’N FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMM’N), Opinion on Act CLXII of 2011 on the Legal Status and Remuneration of Judges and Act CLXI of 2011 on the Organisation and Administration of Courts of Hungary, 90th Sess., Op. No. 663/2012, p. 7-8 (Mar. 19, 2012), [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2012\)001-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2012)001-e) (expressando preocupações sobre a instituição).



Nacional grande número de vagas para preencher num curto período de tempo<sup>79</sup>. Outras instituições importantes, como a Comissão Eleitoral, a Comissão de Orçamento e o Conselho de Mídia, foram preenchidos com os partidários do Fidesz, os quais, com frequência, receberam longos mandatos de 12 anos<sup>80</sup>. Finalmente, novas regras ajustaram os distritos eleitorais de maneira a aumentar substancialmente sua relevância dos votos nas três últimas eleições, potencialmente dificultando a retirada do Fidesz no futuro<sup>81</sup>.

Esse esforço provocou algumas respostas, tanto interna quanto internacionalmente. No nível doméstico, a composição da Corte Constitucional ainda autônoma manteve independência suficiente para emitir algumas decisões importantes contra o regime. Por exemplo, o órgão atacou o esforço para reduzir a idade da aposentadoria para 62 anos, embora sua decisão aparentemente não tenha surtido efeito sobre os juízes já removidos dos seus cargos<sup>82</sup>. Ela também cassou a nova legislação sobre registro de eleitores, que parecia projetada para inclinar ainda mais o balanço eleitoral em favor do Fidesz<sup>83</sup>. Internacionalmente, várias instituições da União Europeia e do Conselho da Europa buscaram apresentar respostas apropriadas. A Comissão de Veneza, criada para prestar assistência constitucional às democracias de transição na Europa Oriental, criticou certas partes do novo texto e leis correlatas<sup>84</sup>, enquanto processos de execução foram instaurados contra alguns elementos do programa, especialmente aqueles que reduziram a independência do Banco

<sup>79</sup> EUR. COMM'N FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), Opinion on the New Constitution of Hungary, Op. No. 621/2011, p. 22, June 20, 2011. Disponível em: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)016-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)016-e) [doravante *New Constitution of Hungary*] (Expressando preocupação com esse desenvolvimento porque “pode prejudicar a capacidade operacional dos tribunais e afetar a continuidade e a segurança jurídica, além de abrir caminho para influências indevidas na composição do judiciário”).

<sup>80</sup> Ver, e.g., BÁNKUTI et al., nota 71, 140-44 (explicando como essas instituições foram dominadas). No entanto, outras instituições, como o Escritório Nacional do *Ombudsman*, foram bastante enfraquecidas. Id. 144.

<sup>81</sup> Para uma análise sobre os novos distritos eleitorais, ver, por exemplo, SZIGETVÁRI, Viktor et al., *Beyond Democracy: The Model of the New Hungarian Parliamentary Electoral System* 1, p. 12-13, Nov. 24, 2011. (manuscrito não publicado) (arquivo do autor), disponível em: <http://lapa.princeton.edu/hosteddocs/hungary/Beyond%20democracy%20-%202027%20Nov%202011.pdf> (constatando que o Fidesz teria vencido cada uma das três últimas eleições, incluindo as duas que ele realmente perdeu, se os novos distritos eleitorais estivessem definidos previamente).

<sup>82</sup> Ver SCHEPPELE, Kim Lane. How to Evade the Constitution: The Hungarian Constitutional Court's Decision on Retirement Age, *VERFASSUNGS BLOG*, Aug. 9, 2012. Disponível em: <http://www.verfassungsblog.de/de/how-to-evade-the-constitution-the-hungarian-constitutional-courts-decision-on-judicial-retirement-age-part-i/#.UQiH2Wfiv3U> (observando que a substituição judicial estava agora ingressando na jurisdição ordinária sem certeza de sucesso, e que os juízes recém-nomeados não seriam removidos de forma alguma). Note-se que a Corte de Justiça da União Europeia, tempos depois, emitiu uma decisão que anulou a medida por consistir em discriminação por idade, o que não é proporcional à consecução de qualquer política social legítima. Ver Case C-286/12, *Comm'n v. Hungary*, 2012 CELEX WL 612CJ0286 (Nov. 6, 2012).

<sup>83</sup> FEHER, Margit. Hungary Court Throws out Mandatory Voter Registration. *WALL ST. J. EMERGING EUR. BLOG*, Jan. 4, 2013, 3:00 PM. Disponível em: <http://blogs.wsj.com/emerging-europe/2013/01/04/hungary-court-throws-out-mandatory-voter-registration/>.

<sup>84</sup> Ver EUR. COMM'N FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMM'N), *New Constitution of Hungary*, nota 80, 28-29 (apresentando uma avaliação equilibrada da nova constituição, elogiando certos elementos e expressando séria preocupação com as reformas do judiciário e outros elementos).

Central e diminuiu a idade de aposentadoria dos juízes para 62 anos<sup>85</sup>. Em resposta, o Fidesz modificou algumas de suas políticas<sup>86</sup>.

Não sabemos se o resultado do caso húngaro será a criação de um regime autoritário competitivo, mas a intenção era claramente avançar nessa direção. Pode ser difícil para um membro da União Europeia ir muito longe na direção do autoritarismo, embora seja surpreendente o quão bem-sucedido o Fidesz tem sido nesse objetivo dentro de um curto período de tempo.

## 2.5 Constitucionalismo abusivo e autoritarismo moderno

Por que o constitucionalismo, que é normalmente associado à ascensão e consolidação dos regimes democráticos, está nesses casos tão fortemente ligado aos movimentos em direção a regimes autoritários ou híbridos competitivos? Pesquisadores colocaram em questão o valor das regras constitucionais para o projeto de autoritarismo competitivo. Por exemplo, os cientistas políticos Steven Levitsky e Lucan Way argumentam que regras formais são relativamente sem importância para regimes autoritários competitivos, uma vez que esses regimes tendem a confiar em conjuntos informais de normas para se perpetuar no poder<sup>87</sup>. Eles argumentam que, nesses tipos de regime, as regras formais “projetadas para restringir os governos são frequentemente contornadas, manipuladas ou desmanteladas”<sup>88</sup>. Como exemplo, os regimes autoritários competitivos tendem a possuir constituições com características estruturais de aparência democrática, como a separação dos poderes, mas tomam medidas informais para neutralizar o valor dessas imposições. Os governantes podem nomear juízes amigos para os tribunais e neutralizá-los a partir de movimentos que representam interesses opostos, por exemplo, subornando-os ou ameaçando-os. Da mesma forma, esses regimes podem realizar eleições e, por causa do monitoramento e outros incentivos, evitar fraudes flagrantes no próprio dia da votação. Mas eles se apoiam no controle estatal sobre a mídia e na generosidade de recursos estatais, bem como na intimidação e no assédio de figuras da oposição, para, no entanto, dificultar muito a substituição dos que detém os cargos políticos<sup>89</sup>. Não há dúvida, então, de que esses regimes se apoiam amplamente em conjuntos informais de normas e incentivos.

<sup>85</sup> Ver fontes citadas na nota 83 (explicando a decisão da Corte de Justiça da União Europeia que anulou a redução da idade da aposentadoria compulsória dos juízes); ver também EU Opens Legal Action Against Hungary Over New Laws, *BBC NEWS*. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/news/world-europe-16593827> (last updated Jan. 17, 2012, 10:40 AM).

<sup>86</sup> Ver, e.g., CLAPHAM, Andrew. Council of Europe Cites Hungary’s Progress on Judiciary, Media, *BLOOMBERG*, Jan. 29, 2013, 4:49 AM. Disponível em: <http://www.bloomberg.com/news/2013-01-29/council-of-europe-cites-hungary-s-progress-on-judiciary-media.html> (observando emendas às leis em ambas as áreas à luz de discussões com autoridades europeias); EU Closes Central Bank Infringement Case, *EUBUSINESS.COM (July 19, 2012, 3:46 PM)*, <http://www.eubusiness.com/news-eu/hungary-economy.ht0/> (afirmando que emendas à legislação do Banco Central haviam dissipado as preocupações da Comissão Europeia).

<sup>87</sup> Ver LEVITSKY & WAY, nota 27, 78-81 (argumentando que “há razões para ser cético sobre o impacto do desenho institucional em regimes autoritários competitivos”).

<sup>88</sup> Id. 79.

<sup>89</sup> Ver CASE, William. Manipulative Skills: How Do Rulers Control the Electoral Arena?, in *ELECTORAL AUTHORITARIANISM*, nota 27, 95, 99-104 (elencando técnicas de controle eleitoral que geralmente não ocorrem no dia das votações).

Contudo, os exemplos dados acima, assim como outros apresentados por pesquisadores, oferecem ampla evidência de que o constitucionalismo é frequentemente uma parte essencial desses projetos<sup>90</sup>. É um erro ignorar a importância das regras constitucionais formais para regimes híbridos. Por um lado, elas definem o mandato dos titulares dos cargos públicos, seu poder sobre outras instituições, além de outras variáveis. Assim, na Colômbia, a capacidade de Uribe de alavancar mecanismos informais para controlar outras instituições do Estado, como os tribunais e os órgãos fiscalizatórios, dependia de sua capacidade de permanecer no cargo por tempo indeterminado, e, por isso, ele buscava continuamente a reforma constitucional para permitir a reeleição presidencial<sup>91</sup>. Na Venezuela e no Equador, as novas constituições fortaleceram consideravelmente o poder dos presidentes, dando aos chefes do Executivo em exercício o poder de legislar em torno das instituições existentes<sup>92</sup>. E, na Hungria, a nova ordem constitucional enfraqueceu ou desabilitou algumas das instituições fiscalizatórias, dando ao Fidesz mais poder<sup>93</sup>.

Ademais, mudanças constitucionais podem ser usadas para desmontar ou colocar correligionários em instituições que servem como espaços para a oposição. O enfraquecimento ou a remoção dos opositoristas é fundamental para a construção de regimes autoritários competitivos, pois confere aos seus titulares um poder muito maior para retrabalhar o Estado em proveito próprio. Os exemplos descritos acima mostram que a substituição do texto constitucional pode ser uma maneira particularmente eficiente para os atores políticos se entrincheirarem no poder e superarem a oposição e, por isso, é provavelmente uma técnica mais perigosa do que a emenda constitucional. Em primeiro lugar, a substituição constitucional dá aos atores dominantes a chance de varrer as bases de poder dos grupos opositores. Chávez na Venezuela, Correa no Equador e o Fidesz na Hungria, todos ganharam o controle sobre um núcleo ou ramos do governo vencendo eleições, mas não tinham controle inicial sobre todo o Estado. Instituições importantes, como legislaturas (no sistema presidencialista), cortes, procuradorias, tribunais eleitorais e autoridades estaduais e locais (na Venezuela federal) permaneceram fora de seu alcance.

Reescrever a constituição deu a esses possíveis atores autoritários a chance de enfraquecer ou remover algumas dessas instituições e preencher outras com seus correligionários. Ao passar de uma ordem constitucional para outra, os governantes poderiam argumentar que os titulares de cargos nessas instituições não tinham mais um controle válido do poder e podiam ser legitimamente substituídos, uma técnica que Chávez e sua Assembleia Constituinte usaram extensivamente na Venezuela<sup>94</sup>. Eles podem também mudar o tamanho das instituições existentes, como o Fidesz fez com a Corte Constitucional na Hungria<sup>95</sup>. Ou podem fechar completamente as instituições existentes e criar novas com poderes mais fracos. O truque também é que lotear ou desmontar uma única instituição raramente terá sérias consequências para a democracia, mas varrer grande parte da ordem institucional -

---

<sup>90</sup> Para outros exemplos do uso do constitucionalismo para o enfraquecimento de regimes democráticos, ver, por exemplo, Landau, *Constitution-Making*, nota 3, 938-39 (examinando esse fenômeno na Bolívia, na Venezuela e talvez agora no Egito); PARTLETT, William. *The Dangers of Popular Constitution-Making*, 38 *BROOK. J. INT'L L.* 193, 209-33, 2012 (discutindo Rússia, Belarus, Ucrânia e outros países pós-soviéticos).

<sup>91</sup> Ver texto que acompanha a nota 38.

<sup>92</sup> Ver notas 61 e 69 (apontando o crescimento do Poder Executivo na Venezuela e no Equador).

<sup>93</sup> Ver textos acompanhando as notas 73-82.

<sup>94</sup> Ver texto que acompanha as notas 58-59.

<sup>95</sup> Ver nota 78.

como foi feito em todos esses casos - pode permitir que os governantes se entrincheirem no poder por longos períodos de tempo.

Em suma, a mudança constitucional precisa ser vista como parte central dos projetos autoritários modernos. Indivíduos ou grupos poderosos podem abusar da constituição para criar ordens constitucionais nas quais enfrentam poucas restrições em seu poder e dificultem - ou tornem impossível - sua substituição. Essa nova construção de regras formais funciona em conjunto com normas informais, como suborno e assédio, dentro de regimes autoritários competitivos.

Alguém poderia responder dizendo que o constitucionalismo abusivo é simplesmente um ato do constitucionalismo normal e, portanto, não é um motivo real de preocupação. As ordens constitucionais devem estar abertas a alterações por várias razões, incluindo mudanças tecnológicas e sociais, ou simplesmente modificações profundamente enraizadas nos valores e interesses de uma população<sup>96</sup>. No entanto, existem várias razões pelas quais as mudanças envolvidas aqui são particularmente perigosas. Primeiro, elas parecem enfraquecer o grau em que um regime é democrático por longos períodos de tempo. A mudança constitucional desse tipo enfraquece as instituições e permite a construção de um campo de jogo desigual, no qual os titulares de direitos gozam de grandes vantagens eleitorais sobre seus oponentes. Parece provável que esses efeitos persistam mesmo após a derrubada do titular original do poder responsável por sua implementação<sup>97</sup>.

Segundo, a identificação de mudanças constitucionais abusivas com qualquer tipo de vontade popular duradoura é problemática. Os titulares do poder capitalizam, em momentos de surtos transitórios em sua popularidade, para promover mudanças que impactam a ordem democrática. Eles também manipulam a legislação eleitoral e outros mecanismos para aumentar o seu apoio. Na Hungria, por exemplo, o Fidesz conquistou apenas 53% dos votos, mas 68% dos assentos por força de um conjunto de regras eleitorais que foram projetadas para incentivar a governança majoritária, recompensando os partidos vencedores com assentos adicionais<sup>98</sup>. Desde então, o seu índice de aprovação caiu acentuadamente, embora ainda vença em pluralidades hipotéticas contra outros partidos<sup>99</sup>. Isso não representava um mandato duradouro para o tipo de mudança que o Fidesz foi posteriormente capaz de realizar. Da mesma forma, na Venezuela, Chávez venceu uma eleição com apenas 56% dos votos. Seus candidatos, no entanto, conquistaram 60% dos votos na eleição para a Assembleia

<sup>96</sup> Ver, e.g., DIXON, Rosalind. Constitutional Amendment Rules: A Comparative Perspective, in GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind eds. *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* 96, 97-102, 2011 (explicando os vários propósitos por trás das regras de emendas constitucionais).

<sup>97</sup> Como exemplo, pode-se considerar a Rússia, onde o então Presidente Boris Yeltsin conseguiu retirar o processo de escrever a constituição do Parlamento eleito para uma Assembleia Especial escolhida a dedo depois de vencer um referendo popular. Ver Partlett, nota 91, 210-26 (explicando o processo de elaboração constitucional da Rússia e como ele deu errado); ver também EPSTEIN, Lee. et al., *The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government*, 35 *LAW & SOC'Y REV.* 117, p. 136-37 2001 (explicando como a Corte constitucional da Rússia foi anulada como parte do processo de elaboração do novo texto constitucional). A ordem constitucional que Yeltsin construiu, que continha uma Presidência muito forte e instituições de controle fracas, continuou a deixar sua marca na política russa, muito depois que Yeltsin deixou o local. A Rússia continua sendo um regime autoritário competitivo sob Putin. Ver BUNCE, Valerie J.; WOLCHIK, Sharon L. *Defeating Dictators: Electoral Change and Stability in Competitive Authoritarian Regimes*, 62 *WORLD POL.* 43, 44, 2010 (notando que a Rússia permanece um regime autoritário competitivo).

<sup>98</sup> Ver BÁNKUTI, Miklós. et al., nota 71, p. 138-39.

<sup>99</sup> Ver Hungary Government Party Support Lowest in Over a Decade - Poll, REUTERS, June 7, 2012. Disponível em: <http://www.reuters.com/article/2012/06/07/oukwd-uk-hungary-partiesidAFBRE8560F420120607>.

Constituinte, que foi amplamente boicotada pela oposição, mas isso se traduziu em mais de 90% dos assentos devido às regras eleitorais criadas pelo próprio Chávez<sup>100</sup>. O processo da Assembleia Constituinte, no qual um único grupo eleitoral esmagou a insignificante oposição, não representava nenhum consenso social forte a favor da fórmula de Chávez. Como o Fidesz, ele efetivamente capitalizou um aumento momentâneo de popularidade para alterar a forma da democracia a longo prazo.

O argumento contra o constitucionalismo abusivo não depende das políticas particulares adotadas por esses atores, mas apenas do fato de eles estarem tornando seus regimes significativamente menos democráticos. Chávez e Correa são populistas de esquerda, Uribe é um neoliberal de direita e o partido Fidesz é um movimento nacionalista de direita. Pode haver mérito em algumas políticas adotadas por esses atores e não em outras<sup>101</sup>. Independentemente da orientação política, a deterioração da capacidade do público de retirar esses titulares do poder por meio do voto e o enfraquecimento dos controles horizontais que devem fiscalizá-los é motivo de preocupação substancial. A ausência de controles verticais e horizontais parece estar relacionada a uma longa lista de resultados negativos: deterioração da qualidade das políticas, menor capacidade de resposta dos políticos à vontade do público e maior incidência de violações dos direitos humanos<sup>102</sup>.

Se eu estou correto quando afirmo que a criação de formas híbridas de autoritarismo por meio de mecanismos de mudança constitucional é cada vez mais comum e que esse tipo de regime autoritário representa uma ameaça com a qual devemos nos preocupar, a questão-chave que nos deve preocupar é como impedi-lo. Essa é, obviamente, a pergunta de um milhão de dólares, e passo o restante deste artigo abordando-a. As seções 03 e 04 investigam mecanismos de defesa democrática para o fenômeno tanto no direito constitucional comparado quanto no direito internacional. Minha principal conclusão é inquietante - as ferramentas existentes nos dois níveis não são muito eficazes para controlar essa ameaça. Além disso, a natureza flexível do constitucionalismo abusivo (por exemplo, o fato de muitas vezes haver várias maneiras de os pretensos autoritários atingirem o mesmo objetivo) dificulta esse combate.

### 3 UMA REVISÃO CRÍTICA DAS RESPOSTAS NO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

Nesta seção, analisarei os aspectos-chave do desenho constitucional comparado e dos estudos que supostamente tornam o constitucionalismo democrático resistente à erosão por dentro<sup>103</sup>. Minha principal conclusão é a de que essas ferramentas são amplamente

<sup>100</sup> Ver Segura & Bejarano, nota 57, 225 (descrevendo como Chávez atuou para manipular o processo de elaboração constitucional da Venezuela).

<sup>101</sup> Ver, e.g., WILPERT, Gregory. *CHANGING VENEZUELA BY TAKING POWER: THE HISTORY AND POLICIES OF THE CHÁVEZ GOVERNMENT*, 2007 (defendendo o impulso das políticas de Chávez).

<sup>102</sup> Ver, e.g., Diamond, nota 27, 25-26 (observando a relação entre regimes que não são particularmente competitivos eleitoralmente e o iliberalismo, em que há inobservância dos direitos humanos básicos).

<sup>103</sup> Apresento aqui uma rica literatura sobre como diferentes formas de estrutura do governo podem afetar a probabilidade de fracasso político. Ver, e.g., LINZ, Juan L. Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference?, in LINZ, Juan L. VALENZUELA, Arturo. eds. *THE FAILURE OF PRESIDENTIAL DEMOCRACY 3*, 1994 (concluindo que os sistemas presidenciais são mais propensos a serem derrubados que os sistemas parlamentares, além de teorizar razões para essa diferença).

ineficazes contra a ameaça representada pelo constitucionalismo abusivo. A próxima seção analisará possíveis e potenciais soluções no nível internacional.

A geração de estudiosos do pós-Segunda Guerra Mundial desenvolveu a concepção alemã de democracia militante, a qual sustenta que os Estados podem erradicar ativamente ameaças colocadas por grupos iliberais ou antidemocráticos que tentam usar os mecanismos da democracia para alcançar seus objetivos. O caso paradigma, é claro, foi a derrubada nazista da República Democrática de Weimar por dentro. A manifestação mais importante da democracia militante está nas modernas cláusulas de banimento partidário, que geralmente permitem que as cortes constitucionais proíbam partidos políticos com objetivos contrários aos valores fundamentais do Estado Democrático. Como mostrarei abaixo na subseção 3.1, esse tipo de cláusula tem um valor muito limitado contra a ameaça posta pelo constitucionalismo abusivo. Os movimentos e partidos que são gerados a partir do constitucionalismo abusivo são geralmente grandes demais e suas plataformas muito ambíguas para serem razoavelmente banidos da esfera política. A democracia militante é empregada de maneira mais eficaz contra as ameaças ideologicamente afrontosas à democracia, o que não é tão comum hoje como ocorria no início e em meados do século XX.

Pesquisas mais recentes concentraram-se em controlar os mecanismos de emenda e mudança constitucionais a fim de fortalecê-los contra manobras abusivas. O estado da arte nesse ponto foca numa concepção de alteração constitucional que poderíamos chamar de “rigidez seletiva”. Em uma ordem seletivamente rígida, o limite para a produção de emendas é razoavelmente baixo, permitindo-se assim a atualização dos textos constitucionais. Porém, partes essenciais da ordem democrática podem ser protegidas por dois métodos diferentes: criação de camadas constitucionais protegidas por emendas e a doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais. O primeiro método usa disposições textuais para fortalecer especialmente determinadas disposições vulneráveis da constituição, exigindo, para elas serem alteradas, supermaiorias ou outros mecanismos mais difíceis de se alcançar. O segundo permite que as cortes anulem certas emendas constitucionais que ameaçam a ordem democrática de forma substancialmente inconstitucional. Ambos os mecanismos tornaram-se conhecidos no direito constitucional comparado como formas de defender a ordem democrática contra ameaças internas.

Das subseções 3.2 a 3.4, mostrarei que essas ferramentas também são de uso limitado na proteção contra o constitucionalismo abusivo. Pelo menos como praticadas atualmente, elas têm fraquezas significativas, que podem ser exploradas por possíveis atores autoritários. Os limites às emendas constitucionais são frequentemente usados para proteger valores expressivos, como o direito à dignidade humana, e não os tipos de previsões - como os mandatos dos titulares de cargos em cortes constitucionais - que as práticas abusivas tendem a atingir. E dada a fungibilidade de práticas constitucionais abusivas - comumente existem muitas maneiras de alcançar os mesmos objetivos - seria difícil projetar um regime textual eficaz.

A doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais visa preencher essas lacunas, oferecendo às cortes uma ferramenta mais flexível para responder às práticas constitucionais abusivas. Contudo, tanto a teoria quanto a experiência sugerem um risco real de que os tribunais não consigam fazer uso da doutrina em casos nos quais isso se faz necessário, adotando, ao contrário, posturas excessivas ou tímidas em várias ocasiões. Além disso, a justificativa teórica para um controle rígido sobre as emendas constitucionais sugere uma distinção entre emenda constitucional e substituição constitucional que não se sustenta

na prática. Ambos os fenômenos são suscetíveis a práticas constitucionais abusivas, como mostraram os casos húngaro e venezuelano na seção 02. Assim, a doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais provavelmente só será eficaz se combinada com restrições à substituição constitucional, as quais raramente existem. Em suma, estamos muito longe de desenvolver um sistema coerente para controlar a mudança constitucional, e pode não ser viável construí-lo.

### 3.1 Democracia Militante e proibição de partidos

No direito constitucional comparado, o conceito alemão de democracia militante tem sido o principal mecanismo de defesa das ordens democráticas. Ele foi inventado na Alemanha, após o fim da Segunda Guerra Mundial, e seu impulso óbvio foi o modo como a República de Weimar entre guerras foi minada e depois derrubada pelo antidemocrático partido nazista nas décadas de 1920 e 1930<sup>104</sup>. A democracia militante é um conceito rico, com muitos elementos, centrado na recusa em permitir que atores antidemocráticos usem as liberdades e ferramentas da democracia para destruir a ordem democrática<sup>105</sup>.

No entanto, mais recentemente, os pesquisadores têm se concentrado na proibição de partidos ou na capacidade de um tribunal constitucional de dissolver partidos considerados essencialmente antidemocráticos. A Lei Básica Alemã, por exemplo, concede ao Tribunal Constitucional o poder de banir os partidos que “em razão de seus objetivos ou do comportamento de seus adeptos, procuram minar ou abolir a ordem básica democrática livre ou pôr em risco a existência da República Federal<sup>106</sup>. Esta disposição foi usada para banir os partidos neo-nazistas e comunistas na década de 1950<sup>107</sup>, e essas disposições foram utilizadas,

<sup>104</sup> A experiência nazista também impulsionou inovações estruturais no desenho da política parlamentar, como o voto construtivo de não confiança, o qual exige dos atores que buscam derrubar um regime democrático, preliminarmente à sua manifestação, a sugestão de um governo alternativo. Ver LEVINSON, Sanford; BALKIN, Jack M. *Constitutional Dictatorship: Its Dangers and Its Design*, 94 *MINN. L. REV.* 1789, 1860, 2010 (discutindo as possibilidades de adoção do voto construtivo de desconfiança nos Estados Unidos como forma de permitir ao Congresso limitar o poder presidencial).

<sup>105</sup> A cláusula de proibição partidária enfatizada aqui não esgota o alcance do modelo, mas é o seu elemento mais canônico. Também permite-se, por exemplo, restrições aos direitos fundamentais e à liberdade de associação para indivíduos e grupos que agem contra a ordem democrática. Ver GRUNDGESETZ FÜR DIE BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND [GRUNDGESETZ] [GG] [BASIC LAW], May 23, 1949, BGBl. I (Ger.) arts. 9, 11, 18. O Tribunal Constitucional Alemão se referiu ao conceito em contextos muito distantes da proibição de partidos, por exemplo, no contexto de mineração de dados. Assim, o termo ganhou relevância recente como parte de um pacote de medidas antiterrorismo. Ver, e.g., MILLER, Russell A. *Balancing Security and Liberty in Germany*, 4 *J. NAT'L SEC. L. & POL'Y* 369, 371-75, 2010 (examinando os dispositivos constitucionais que permitem limitações nos direitos de associação e liberdade de movimento à luz das preocupações de segurança pós-11 de setembro de 2001); SAJÓ, András. *From Militant Democracy to the Preventive State?*, 27 *CARDOZO L. REV.* 2255, 2255-56, 2006 (teorizando sobre um amplo conjunto de respostas possíveis de uma democracia militante às ameaças terroristas); SCWARTZ, Paul M. *Regulating Governmental Data Mining in the United States and Germany: Constitutional Courts, the State, and New Technology*, 53 *WM. & MARY L. REV.* 351, 380-81, 2011 (considerando a jurisprudência alemã sobre práticas de triagem de dados à luz dos princípios da democracia militante).

<sup>106</sup> GRUNDGESETZ FÜR DIE BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND [GRUNDGESETZ] [GG] [BASIC LAW], May 23, 1949, BGBl. I (Ger.) art. 21.

<sup>107</sup> Ver *Communist Party Case*, 5 BVerfGE 85 (1956); *Socialist Reich Party Case*, 2 BVerfGE 1 (1952), in *THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY* 286, 286-89 (Donald P. Kommers &

da mesma forma ou modificadas, em vários países, como Índia, Israel e Turquia<sup>108</sup>. Samuel Issacharoff agrupou recentemente tais disposições no centro de seu plano de defesa das “democracias frágeis”, argumentando que elas podem servir de abuso em alguns casos, mas, se usadas adequadamente, são capazes de impedir que os regimes sejam tomados por forças antidemocráticas<sup>109</sup>. Da mesma forma, Gregory Fox e Georg Nolte argumentam que a proibição partidária de movimentos antidemocráticos é claramente permitida pelo direito internacional sob certas circunstâncias, e também sustentaram sua importância prática na prevenção da dominação do Estado por forças antidemocráticas<sup>110</sup>.

O argumento desta seção é o de que essas ferramentas podem ser úteis contra ameaças autoritárias ou totalitárias tradicionais realizadas por partidos ideologicamente antidemocráticos, como os nazistas, mas são muito menos efetivas contra as ameaças modernas impostas pelo constitucionalismo abusivo. As razões são duas: primeiro, ao contrário de movimentos como os nazistas, partidos e atores que lideram movimentos constitucionais abusivos têm plataformas ambíguas, cujas naturezas não são claramente antidemocráticas. Em outras palavras, o conceito de banimento de partidos pressupõe que se possa determinar quais deles são essencialmente antidemocráticos. Isso funcionou razoavelmente bem com movimentos que defendiam alternativas incisivas à democracia, como o comunismo ou o nacional-socialismo. Mas esse tipo de movimento atualmente é raro; agora, praticamente todos os partidos e movimentos adotam pelo menos um compromisso retórico com a democracia. Nenhum dos movimentos examinados na seção 02 foi liderado por atores que rejeitaram a democracia<sup>111</sup>. Do mesmo modo, grandes movimentos islâmicos, como a Irmandade Muçulmana do Egito, são principalmente uma ameaça à democracia não por causa de sua ideologia, mas porque possuem poder desproporcional em um ambiente político fraco<sup>112</sup>. Como os projetos constitucionalistas abusivos estudados na seção 02, a ameaça não é a de que eles derrubem a democracia, mas de que a desviem para suas próprias preocupações. O projeto constitucionalismo abusivo não é alimentado por uma ideologia alternativa, mas por fatores situacionais - a capacidade de dominar o espaço político nacional e de usá-lo para se consolidar no poder por longos períodos de tempo. Isso representa um problema sério para qualquer esforço de proibir esses partidos, pois significa que eles são difíceis de serem identificados por ferramentas comuns, como suas plataformas, e que qualquer esforço para proibi-los provavelmente se mostrará excessivamente inclusivo.

Em segundo lugar, diferentemente da maioria dos partidos antidemocráticos, que constituem movimentos marginais inicialmente pequenos, tendências constitucionais abusivas são costumeiramente realizadas por grandes movimentos majoritários com

---

Russell A. Miller eds., 3d ed. 2012). Ver, em geral WISE, Judith. Dissent and the Militant Democracy: The German Constitution and the Banning of the Free German Workers Party, 5 *U. CHI. L. SCH. ROUNDTABLE* 301, 302- 03 ,1998 (discutindo a última decisão).

<sup>108</sup> Ver, e.g., MACKLEM, Patrick. Militant Democracy, Legal Pluralism, and the Paradox of Self-Determination, 4 *INT'L J. CONST. L.* 488, p. 493-94, 2006 (apresentando um levantamento de disposições constitucionais que permitem o banimento de partidos).

<sup>109</sup> Ver Issacharoff, Democracies, nota 8, 1466-67.

<sup>110</sup> Ver FOX, Gregory H.; NOLTE, Georg. Intolerant Democracies, 36 *HARV. INT'L L.J.* vol. 1, n. 2, 1995.

<sup>111</sup> Ver subseções 2.2-2.4.

<sup>112</sup> Ver O' CONNELL, Jamie. Common Interests, Closer Allies: How Democracy in Arab States Can Benefit the West, 48 *STAN. J. INT'L L.* 341, 389, 2012 (declarando que a Irmandade Muçulmana adotou “procedimentos internos notavelmente democráticos”).



substancial apoio popular<sup>113</sup>. Isso significa que as tentativas de proibir esses partidos podem ser desestabilizadoras para as ordens democráticas. A proibição de partidos periféricos pode não importar muito, uma vez que o pequeno número de adeptos pode simplesmente mudar para outros mais populares. Mas uma corte que proíbe movimentos/partidos majoritários e centristas provavelmente atuará em alguma variante do que é chamado de "jogo impossível" - o grande número de apoiadores não aceitará um regime eleitoral sem o seu ator político e seus protestos acabarão por forçar o regime a se tornar mais repressivo ou permitir que o partido banido retorne<sup>114</sup>. De qualquer maneira, o esforço fracassará em seu objetivo principal.

A experiência turca com a proibição de partidos, que é a mais rica e interessante entre os países modernos, oferece exemplos instrutivos de ambos os problemas: a identificação de um movimento autoritário competitivo como antidemocrático e a tentativa de proibir movimentos majoritários<sup>115</sup>. Em uma série de casos importantes iniciados em 1998, a Suprema Corte turca proibiu significativos movimentos políticos com amplo apoio popular. A justificativa apresentada era a de que os movimentos em questão eram de orientação islâmica e, portanto, contrários aos valores substantivos seculares do Estado turco. Entretanto, diferentemente dos casos dos Partidos Neo-Nazista e Socialista na Alemanha, os movimentos turcos não eram marginais ou extremos. Eles receberam substancial número de votos. O Partido do Bem-Estar, por exemplo, conquistou 21% dos votos e cerca de um terço dos assentos em 1995, e ingressou em uma coalizão majoritária com um partido secularista de centro-direita, o Partido do Caminho Verdadeiro<sup>116</sup>. O então líder do Partido do Bem-Estar, Necmettin Erbakan, tornou-se primeiro-ministro<sup>117</sup>. Depois que as Forças Armadas, os sindicatos e as associações empresariais formaram uma frente comum contra o Partido Islâmico, os militares declararam, em 1997, que os partidos islâmicos eram um anátema aos valores centrais do Estado e forçaram-no a renunciar à coalizão dominante<sup>118</sup>. Ele foi banido pela Corte Constitucional em 1998 e esta decisão foi confirmada pela Corte Europeia de Direitos Humanos<sup>119</sup>.

<sup>113</sup> Considere os movimentos liderados por Chávez na subseção 2.3 ou pelo Fidesz na subseção 2.4 - nenhum deles era ideologicamente extremo e ambos receberam apoio popular substancial.

<sup>114</sup> Ver COLLIER, Ruth Berins; COLLIER, David. *SHAPING THE POLITICAL ARENA: CRITICAL JUNCTURES, THE LABOR MOVEMENT, AND REGIME DYNAMICS IN LATIN AMERICA*, 1991, p. 487-88 (referindo-se ao "jogo impossível" como o problema de o Partido Peronista argentino não conseguir vencer as eleições devido à sua repugnância às elites, apesar de anteriormente ter sido o partido majoritário).

<sup>115</sup> A discussão aqui não esgota a experiência turca com o banimento de partidos. Em outra série de decisões, por exemplo, o país banuiu partidos separatistas associados aos curdos. CELEP, See Ödül. *The Political Causes of Party Closures in Turkey*, *PARLIAMENTARY AFFAIRS* 1, p. 13-16, 2012 (coletando e discutindo as decisões). Essas decisões levantam questões sobre teoria constitucional que são importantes, mas distintas - muitos dos que defenderiam proibições a partidos antidemocráticos veem a proibição de partidos separatistas minoritários como inerentemente mais problemática.

<sup>116</sup> Ver TANIYICI, Saban. *Transformation of Political Islam in Turkey: Islamist Welfare Party's Pro-EU Turn*, *9 PARTY POL.* 463, p. 471-72, 2003.

<sup>117</sup> Ver id. 466, 472.

<sup>118</sup> Ver KAMRAVA, Mehran. *Pseudo-Democratic Politics and Populist Possibilities: The Rise and Demise of Turkey's Refah Party*, *25 BRIT. J. MIDDLE E. STUD.* 275, p. 275, 1998 (referindo-se a esse incidente como um "golpe suave").

<sup>119</sup> Ver PARTISI, Refah (The Welfare Party) v. Turkey [GC], nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, § 133-36, ECHR 2003. Esta foi, na verdade, uma decisão da grande câmara mantendo uma decisão anterior tomada por um painel de juizes. Ver, em geral, Refah Partisi (The Welfare Party) v. Turkey, nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, ECHR 2001 (estabelecendo a decisão prévia do painel).

A decisão da Corte Europeia no sentido de manter o banimento é um uso preocupante da concepção de democracia militante. Ela começa oferecendo um endosso da democracia militante no modelo alemão: “[O] Tribunal considera que não é improvável que movimentos totalitários, organizados na forma de partidos políticos, possam acabar com a democracia, depois de prosperar sob o regime democrático, havendo exemplos disso na história moderna da Europa”<sup>120</sup>. Mais além, a Corte considerou que “um Estado não pode ser obrigado a esperar para intervir só após um partido político tomar o poder e adotar medidas concretas para implementar um política incompatível com os padrões da Convenção e da democracia, mesmo que o perigo de suas ações para o regime democrático esteja suficientemente estabelecido e iminente”<sup>121</sup>.

A decisão se torna problemática ao aplicar os princípios da democracia militante ao Partido do Bem-Estar.<sup>122</sup> A Corte enfatizou que o partido já tinha amplo apoio e se juntara a uma coalizão majoritária e provavelmente estava pronto para conquistar grandes majorias no futuro próximo. Para o órgão, isso fortaleceu o argumento de uma proibição porque mostrava que o partido poderia realmente implementar seu programa; a Corte, no entanto, não discutiu as dificuldades envolvidas na proibição de um partido já muito popular.<sup>123</sup> O órgão discutiu em detalhes o programa do partido, constatando que sua orientação religiosa e especialmente sua adesão a variantes da Lei da Sharia o tornavam antidemocrático. Ele observou que os membros do partido haviam feito declarações sugerindo alteração do sistema legal para reconhecer a lei baseada na religião para governar o status e algumas outras questões de direito privado, além de terem elogiado a Sharia<sup>124</sup>. No fundo, a Corte considerou que a plataforma do partido era religiosa de uma maneira incompatível com a democracia: “O Tribunal concorda na... visão de que a Sharia é incompatível com os princípios fundamentais da democracia”<sup>125</sup>.

A decisão apresenta problemas em sua justificativa e no seu alcance. Primeiro, não está claro se a plataforma do Partido do Bem-Estar era realmente antidemocrática. A permissão de tribunais de status religioso separados em certas áreas é usada em muitas democracias, incluindo Israel<sup>126</sup>, e o Oriente Médio moderno está trabalhando para encontrar

<sup>120</sup> PARTISI, Refah, ECHR 2003, § 99.

<sup>121</sup> Id. § 102.

<sup>122</sup> Uma literatura substancial examina a decisão de uma perspectiva religiosa, debatendo se a Corte exagerou na ameaça dos partidos islâmicos na Europa e, assim, permitiu uma violação indevida da liberdade religiosa. Ver, e.g., DANCHIN, Peter G. Islam in the Secular Nomos of the European Court of Human Rights, 32 *MICH. J. INT’L L.* 663, 699, 2011 (argumentando que “[a] análise da Corte interpreta mal a verdadeira natureza do conflito na Turquia, que, além de questões de direitos e liberdades liberais, se concentra no lugar do Islã como fonte de legitimidade política entre os diferentes grupos de elite no contexto histórico do kemalismo como projeto de construção do Estado”); HAUPT, Claudia E. Transnational Nonestablishment, 80 *GEO. WASH. L. REV.* 991, 1009-10, 2012 (argumentando que a decisão anunciava um modelo de não-estabelecimento na jurisprudência da Corte).

<sup>123</sup> Ver PARTISI, Refah., ECHR 2003, § 107-10.

<sup>124</sup> Ver id. § 120-25. Por exemplo, o líder do partido, Necmettin Erbakan, fez declarações com o seguinte efeito: “Vamos garantir a todos o direito de viver como bem entender e de escolher o sistema jurídico que preferir... Quando estivermos no poder, um muçulmano poderá se casar diante do mufti, se assim o desejar, e um cristão será capaz de se casar na igreja, se ele preferir.” Id. § 28.

<sup>125</sup> Id. § 123.

<sup>126</sup> Ver, e.g., JACOBSON, Gary J. *THE WHEEL OF LAW: INDIA’S SECULARISM IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL CONTEXT*, 2003. p. 72-88 (explicando o sistema israelense de tribunais com status religioso); ver também BARAK-EREZ, Daphne. Law and Religion Under the Status Quo Model: Between Past Compromises and Constant Change,

um papel para a Lei da Sharia dentro das ordens democráticas<sup>127</sup>. Embora a Corte tenha achado que alguns membros do partido haviam sugerido, em termos ambíguos, o uso da força ou de outras medidas extrajudiciais para obter poder, pouco valorizou essa conclusão e ela pouco serviu de apoio para a sua decisão<sup>128</sup>. O partido era identificado como religioso, mas provavelmente não era marcadamente antidemocrático. Além disso, o tribunal pouco explicou as razões pelas quais seja provável que a proibição de um partido tão significativo, capaz de representar uma ampla faixa da sociedade turca, seja eficaz.

Em vez de desaparecer, os seguidores do Partido do Bem-Estar formaram um partido sucessor, chamado de Partido da Virtude. O Partido da Virtude continuou adotando uma agenda islâmica e continha muitos dos mesmos atores que haviam anteriormente detido o poder no Partido do Bem-Estar. O partido se saiu bem nas eleições de 1999, ganhando 15% dos votos e 111 dos 450 assentos parlamentares<sup>129</sup>. Mas ele foi novamente banido pela Corte Constitucional, a qual sustentou que, embora o partido fosse notadamente diferente do antigo Partido do Bem-Estar, também possuía uma plataforma fundamentalmente islâmica<sup>130</sup>. Mesmo após banido pela segunda vez, o partido não desapareceu; em vez disso, alguns dos seus membros fundaram o Partido Justiça e Desenvolvimento, que controla a política turca com maioria absoluta no Parlamento desde as eleições gerais de 2002<sup>131</sup>. O partido controlava 363 de 550 assentos em 2002, 341 de 550 em 2007 e 327 de 550 em 2011<sup>132</sup>.

Os defensores do paradigma da proibição de partidos, principalmente Samuel Issacharoff, argumentam que o caso turco funciona em cenários modernos, pois as sucessivas criações do partido foram moderadas, de alguma forma, de suas experiências anteriores<sup>133</sup>. Isso é verdade, mas essa análise pode deixar de lado o aspecto mais amplo: os interesses centrais representados pelo partido sobreviveram e tomaram o poder num período bem curto de tempo. Além disso, um dos maiores problemas agora enfrentados na política turca moderna é o papel predominante do Partido da Justiça e do Desenvolvimento<sup>134</sup>. Isso ocorreu

---

30 CARDOZO *L. REV.* 2495, 2497, 2009. É claro que esse modelo cria tensões com valores democráticos, mas isso não o torna necessariamente incompatível com a democracia.

<sup>127</sup> Ver, em geral, HIRSCHL, Ran. *CONSTITUTIONAL THEOCRACY*, 2010 (explicando maneiras pelas quais as cortes são usadas para canalizar e controlar o direito religioso no Oriente Médio); STILT, Kristen. "Islam is the Solution": Constitutional Visions of the Egyptian Muslim Brotherhood, *46 TEX. INT'L L.J.* 73, 2010 (observando uma imprecisão considerável na plataforma da Irmandade Muçulmana e, por isso, apresentando as dificuldades para descobrir exatamente como sua plataforma se mescla com valores democráticos).

<sup>128</sup> Ver PARTISI, Refah, ECHR 2003, § 130-31 (concluindo, depois de examinar discursos relevantes, que "havia uma ambiguidade na terminologia usada para se referir ao método a ser empregado para obter poder político").

<sup>129</sup> Ver YE ILADA, Birol A. The Virtue Party, *3 TURKISH STUD.* 62, 75 tbl.1, 2002.

<sup>130</sup> Ver BÂLI, Asli Ü. The Perils of Judicial Independence: Constitutional Transition and the Turkish Example, *52 VA. J. INT'L L.* 235, 281 n.156, 2012.

<sup>131</sup> Ver ÖZBUDUN, Ergun. From Political Islam to Conservative Democracy: The Case of the Justice and Development Party in Turkey, *11 S. EUR. SOC'Y & POL.* 543, 545-46, 2006.

<sup>132</sup> Ver MÜFTÜLER-BAÇ, Meltem; KEYMAN, E. Fuat. Turkey Under the AKP: The Era of Dominant-Party Politics, *J. DEMOCRACY*, Jan. 2012, p. 87.

<sup>133</sup> Ver, e.g., Issacharoff, Democracies, nota 8, 1446-47 (argumentando que "[nessas circunstâncias, é difícil imaginar um resultado melhor]"); Özbudun, nota 132, 548 (apontando que o movimento moderado, por meio de suas sucessivas emanações e sua plataforma, agora é "difícilmente distinguível de um partido democrático liberal ou conservador").

<sup>134</sup> Ver Ali Çarko lu, A New Electoral Victory for the 'Pro-Islamists' or the 'New Centre-Right'? The Justice and Development Party Phenomenon in the July 2007 Parliamentary Elections in Turkey, *12 S. EUR. SOC'Y & POL.* 501, 516-17, 2007 (levantando a possibilidade de a Turquia "estar se movendo em direção a um sistema partidário dominante semelhante à Índia, ao Japão ou à Itália antes dos anos 1990").

não tanto pela ideologia do partido quanto pelo seu tamanho em relação aos concorrentes. Às vezes, o partido recorreu a métodos questionáveis para alcançar seus objetivos, por exemplo, usando procedimentos legais para assediar a oposição<sup>135</sup>. Também utilizou seu controle amplamente unilateral sobre as reformas constitucionais de uma maneira capaz de enfraquecer a natureza democrática do Estado; por exemplo, alterando radicalmente a composição e os poderes da Corte Constitucional<sup>136</sup>.

A experiência turca demonstra os limites do banimento partidário ao lidar com situações em que a principal ameaça é a construção de um regime autoritário competitivo por meio do constitucionalismo abusivo. É improvável que a estratégia funcione bem quando se tem de lidar com forças políticas ideologicamente ambíguas, e não com as que são claramente antidemocráticas. Também é improvável que funcione bem ao lidar com forças políticas majoritárias, e não marginalizadas. Essas são precisamente as características sob as quais o constitucionalismo abusivo tende a ocorrer e sob as quais se formam regimes autoritários competitivos. Assim, a proibição de partidos e a democracia militante provavelmente tiveram o seu valor exagerado como soluções para as ameaças autoritárias modernas.

### 3.2 Limitações às emendas constitucionais em camadas

O restante desta seção se debruça sobre o desenho dos mecanismos de mudança constitucional. A maioria dos países migrou para um nível básico de emenda constitucional relativamente facilitado, certamente muito mais fácil do que nos Estados Unidos. De fato, o procedimento de emenda dos Estados Unidos, conforme o seu Artigo V, é considerado um dos mais difíceis do mundo, exigindo dois terços dos votos nas duas casas do Congresso e ratificação por três quartos das legislaturas estaduais<sup>137</sup>. Uma literatura em desenvolvimento sugere que critérios de emenda relativamente baixos (embora não muito baixos) tenha efeitos desejáveis<sup>138</sup>. As evidências empíricas constataam que as constituições com dificuldades intermediárias de emenda tendem a durar mais do que aquelas com padrões de emenda

<sup>135</sup> Ver, *e.g.*, ARSU, Sebne. Arrest of Prosecutor in Turkey Exposes Tensions Between Secular and Religious Turks, *N.Y. TIMES*, Feb. 20, 2010, [http://www.nytimes.com/2010/02/21/world/europe/21turkey.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2010/02/21/world/europe/21turkey.html?_r=0) (detalhando prisões questionáveis).

<sup>136</sup> Os estudiosos turcos debatem se as reformas na Corte Constitucional e em outros tribunais tornaram-nos subservientes ao governo ou se simplesmente constituíram uma liberalização e democratização do Judiciário. Ver, *e.g.*, Bâli, nota 131, 295-309 (resumindo o debate e argumentando que as reformas liberalizaram a composição da Corte e retiraram elementos autoritários de seu desenho).

<sup>137</sup> Ver VERMEULE, Adrian. Second Opinions and Institutional Design, *97 VA. L. REV.* 1435, 1438, 2011 (notando quão dificultoso e demorado é o processo de emenda constitucional nos EUA); ver também LUTZ, Donald. S. *PRINCIPLES OF CONSTITUTIONAL DESIGN* 170 tbl.5.7, 2006 (construindo um índice mostrando que os Estados Unidos têm o segundo processo de alteração constitucional mais difícil de uma lista de países); KLARMAN, Michael J. What's So Great About Constitutionalism?, *93 NW. U. L. REV.* 145, 184, 1998 (argumentando que o processo do Artigo V é tão difícil que torna as modificações constitucionais praticamente impossíveis).

<sup>138</sup> Ver FERREJOHN, John; SAGER, Lawrence. Commitment and Constitutionalism, *81 TEX. L. REV.* 1929, 1954-56, 2003 (observando que o Artigo V "se tornou o dispositivo constitucional que os comentaristas adoram odiar" e defendendo-o como mecanismo que ajuda a manter os compromissos substantivos essenciais da ordem constitucional).

muito fáceis ou muito difíceis<sup>139</sup>. A hipótese é de que mecanismos de emenda extremamente fáceis estão associados a constituições consideradas inoperantes por suas próprias populações, enquanto constituições muito rígidas são substituídas por não se adaptarem aos tempos<sup>140</sup>. Com base nessas evidências, a Constituição dos EUA parece ter sobrevivido, apesar de, e não por causa, de seus mecanismos de alteração muito rígidos. A Constituição dos EUA foi extensivamente alterada por meios extraconstitucionais<sup>141</sup>, mas os estudiosos descobriram relativamente poucas evidências de que essas práticas se traduzam em outros contextos<sup>142</sup>. Pode ser que os Estados Unidos tenham encontrado uma maneira relativamente incomum de atualizar sua Constituição incapaz de ser facilmente replicada em outros lugares. De qualquer forma, a maioria das evidências aponta no sentido de que outras constituições são mais fáceis de emendar que a dos Estados Unidos.

Mas essa configuração enfrenta um problema óbvio, pois permitiria que uma ordem constitucional fosse distorcida por dentro com muita facilidade - quanto menor o patamar exigível para a aprovação de emendas, mais vulnerável fica o sistema a modificações constitucionais abusivas. A solução padrão dada pela teoria constitucional moderna é instituir limitações às emendas em camadas. O conceito é simples: proteger algumas partes do texto constitucional com requisitos elevados para a aprovação das emendas, dificultando assim sua alteração<sup>143</sup>. A forma mais básica de classificação por níveis utiliza requisitos elevados de grandes maiorias parlamentares. Por exemplo, a maior parte da Constituição da África do Sul pode ser alterada por dois terços dos votos do Parlamento, mas um conjunto de princípios fundamentais encontrados na seção I (assim como os princípios que governam a emenda em si) são mais difíceis de se modificar e requerem o consentimento de 75% do Parlamento<sup>144</sup>. Em casos extremos, algumas normas podem ser completamente inalteráveis, como a

<sup>139</sup> Ver LUTZ, nota 138, 162 tbl.5.2; ver também TOM GINSBURG ET AL., *THE ENDURANCE OF NATIONAL CONSTITUTIONS* 140 fig.6.4 (2009) (mostrando um relacionamento em forma (curva) de U e argumentando que o nível ideal de dificuldade, do ponto de vista da durabilidade constitucional, é o processo de emenda indiano, que exige uma maioria de dois terços do Congresso para a maior parte das disposições e a aprovação de metade dos estados para determinados tópicos).

<sup>140</sup> Ver LUTZ, nota 138, 156.

<sup>141</sup> Ver ACKERMAN, Bruce. *WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS* 6-7, 1991 (argumentando que grandes mudanças constitucionais nos Estados Unidos ocorreram de maneiras extraconstitucionais, e não através do processo de emendas, pois a Constituição é refeita em certos “momentos constitucionais” pela atuação da sociedade civil, dos atores políticos e das cortes); ver também AMAR, Akhil Reed. *The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V*, 94 *COLUM. L. REV.* 457, p. 459, 1994 (argumentando que os procedimentos do Artigo V não pretendiam ser o caminho exclusivo da reforma constitucional e pressupõem um “direito legal histórico do povo” de “alterar ou abolir o Governo através dos procedimentos legais apropriados”). Mas ver MONAGHAN, Henry P. *We the People[s], Original Understanding, and Constitutional Amendment*, 96 *COLUM. L. REV.* 121, 121-22, 1996 (rejeitando o argumento de Amar com base na análise da intenção dos autores da Constituição).

<sup>142</sup> Ver, e.g., CHOUDHRY, Sujit. *Ackerman’s Higher Lawmaking in Comparative Constitutional Perspective: Constitutional Moments as Constitutional Failures?*, 6 *INT’L J. CONST. L.* 193, 228-30, 2008 (argumentando que o caso de secessão do Quebec representou um caso de emenda extraconstitucional pela Suprema Corte do Canadá e exortando os acadêmicos a identificar outros fenômenos do tipo).

<sup>143</sup> Ver ALBERT, Richard. *Constitutional Handcuffs*, 42 *ARIZ. ST. L.J.* 663, p. 709-10, 2010 [doravante Handcuffs] (advogando por esse sistema para proteger certos dispositivos importantes).

<sup>144</sup> Ver S. AFR. CONST., 1996, art. 74. O regime é um pouco mais complexo - o capítulo 2 da Constituição exige a aprovação de dois terços do Parlamento, além do consentimento do Conselho Nacional de Províncias, com o acordo de pelo menos seis províncias. Ver id. Qualquer outro dispositivo pode ser alterado com o consentimento de dois terços do Parlamento ou com o voto do Conselho Nacional de Províncias, se a norma disser respeito aos seus interesses. Ver id.

Constituição hondurenha fez com relação à reeleição presidencial, e como a Constituição alemã faz com relação a certos princípios fundamentais<sup>145</sup>.

Apesar da crescente importância da ferramenta das camadas constitucionais, ainda há poucas pesquisas acadêmicas sobre como implementá-las e que tipo de disposições deve ser especialmente protegidas. Considerar a prática sob a lente do constitucionalismo abusivo tem implicações para ambos os pontos. Primeiro, na questão do “como”, alguns teóricos sugerem que a inclusão de um componente popular na mudança constitucional (por exemplo, exigindo que o público ratifique os resultados de qualquer emenda aprovada na legislatura) pode aumentar a dificuldade da emenda<sup>146</sup>. Estudos empíricos oferecem resultados mistos sobre a questão de saber se esses requisitos realmente reduzem ou não a frequência das modificações constitucionais<sup>147</sup>. Contudo, independentemente desses requisitos reduzirem ou não a frequência das emendas em abstrato, parece improvável que eles tenham o poder de conter práticas constitucionais abusivas. Atores políticos poderosos, capazes de promover suas reformas através de legislaturas, parecem ter a habilidade de obter o grau necessário de apoio popular direto na maioria dos casos. De fato, como mostram os exemplos de Chávez e Correa, líderes influentes costumam usar o público como forma de dar um fim às instituições quando não conseguem delas o que querem<sup>148</sup>. Adicionar camadas à constituição instituindo requisitos de referendo ou outras formas de participação popular parecem medidas improdutivas.

Na prática, é mais provável que a abordagem comum de adicionar requisitos de votos majoritários e qualificados para a aprovação de determinadas alterações constitucionais seja o caminho mais eficaz. Porém, mesmo tais requisitos podem não proteger adequadamente a democracia contra práticas constitucionais abusivas. O exemplo húngaro, em particular, mostra que pode não ser tão difícil para os movimentos constitucionais abusivos receber temporariamente porcentagens muito altas de votos<sup>149</sup>.

Isso sugere a utilidade de um terceiro modelo, ainda pouco teorizado e subutilizado, no sentido da construção de camadas constitucionais protetivas: uma dimensão temporal<sup>150</sup>. O tempo parece ser um elemento particularmente relevante para combater o problema do constitucionalismo abusivo porque pode confrontar a capacidade temporária de forças políticas poderosas se entrincheirarem no poder a longo prazo. No entanto, poucas ordens constitucionais utilizam o fator tempo como um freio no processo de mudança constitucional. Alguns sistemas exigem votos em turnos para a aprovação das emendas, mas frequentemente

<sup>145</sup> Ver GRUNDGESETZ FÜR DIE BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND [GRUNDGESETZ] [GG] [BASIC LAW], May 23, 1949, BGBl. I (Ger.) art. 79, § 3 (“As emendas a esta Lei Fundamental que afetem a divisão da Federação em *Länder*, sua participação no processo legislativo ou nos princípios estabelecidos nos Artigos 1 e 20 serão inadmissíveis.”); CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF HONDURAS [CH] art. 374 (tornando certas provisões constitucionais imodificáveis).

<sup>146</sup> Ver, e.g., LUTZ, nota 138, 168 tbl.5.6 (apresentando um índice de dificuldades que acrescenta pontos significativos aos processos de emenda constitucional que requerem referendos populares).

<sup>147</sup> Ver, e.g., FERREJOHN, John. The Politics of Imperfection: The Amendment of Constitutions, 22 *LAW & SOC. INQUIRY* 501, 523, 1997 (constatando que a exigência do envolvimento popular via ratificação acrescenta pouca dificuldade aos processos de emendas).

<sup>148</sup> Ver subseção 2.3.

<sup>149</sup> Ver subseção 2.4.

<sup>150</sup> Ver HANDCUFFS, Albert., nota 144, 711 (observando e recomendando um regime de “aprovação sequencial”, no qual os cidadãos precisam manifestar sua vontade de alterar a constituição em mais de um turno de votos, e tais momentos são separados por um intervalo temporal); Vermeule, nota 138, 1438 (constatando que a lentidão dos procedimentos de alteração do Artigo V tem o potencial benefício de induzir “pensamentos sóbrios”).

com restrição mínima, ou mesmo inexistente, em relação aos seus intervalos<sup>151</sup>. Um modelo muito melhor, raramente encontrado na prática, exigiria a existência de uma eleição intermediária entre os turnos de votações para as alterações constitucionais, de preferência tanto do Legislativo quanto (nos sistemas presidenciais) do Executivo<sup>152</sup>. O requisito da eleição intermediária é útil porque reduz a possibilidade de que políticos e partidos no poder possam tirar proveito de picos temporários em sua popularidade para promover emendas prejudiciais à democracia. O regime de limites ideal parece incluir restrições temporais que requerem múltiplos turnos de votos sobre emendas, com um longo período de tempo (idealmente uma eleição intermediária) entre eles. Essas limitações temporais são provavelmente a variável mais importante em termos de combate a práticas constitucionais abusivas, embora possam ser usadas juntamente com a ferramenta muito mais comum de exigir-se maiorias qualificadas de votação<sup>153</sup>.

O problema mais difícil é determinar quais tipos de provisões constitucionais merecem receber os níveis de dificuldade mais elevados para alteração. Não há praticamente trabalhos teóricos sobre o assunto e, de fato, os estudiosos parecem assumir que as respostas são altamente específicas e ínsitas a cada cultura política em particular. Podemos chamar isso de teoria “expressivista” da hierarquia constitucional, na qual um Estado protege seus valores mais fundamentais, dando-lhes um grau especial de entrincheiramento. Um exemplo clássico é a Alemanha, onde a Lei Fundamental torna seus princípios mais básicos, particularmente a “dignidade humana”, inalteráveis por qualquer meio<sup>154</sup>. A África do Sul adota uma tática muito semelhante: coloca valores básicos como “dignidade humana”, “não-racismo e não-sexismo” e “sufrágio universal de adultos” no nível mais alto, o que exige uma maioria de três quartos do Parlamento para alteração<sup>155</sup>.

Essa abordagem de alocar dificuldades para o processo de emendas pode servir para ajudar a definir os valores básicos do Estado pela atribuição de proteção especial a eles, mas é muito antiquada como estratégia de defesa da democracia. Parece ter como objetivo o mesmo tipo de ameaça totalitária ou fundamentalmente antidemocrática que as cláusulas de

---

<sup>151</sup> Como exemplo, a Constituição colombiana exige dois turnos de votos separados em uma emenda constitucional e exige que eles sejam realizados durante sessões legislativas distintas. A primeira votação requer uma maioria simples do Congresso, enquanto a segunda exige uma maioria absoluta. Ver CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA [C.P.] art. 375. Embora esse modelo exija tecnicamente dois turnos de votos separados, é possível que isso se dê num período muito curto - o Congresso pode, o que é costumeiro, realizar a primeira votação no fim de uma sessão legislativa e fazer a outra apenas alguns dias ou semanas depois, no início da próxima. Como cada sessão legislativa dura apenas um ano, o requisito normalmente não interpõe uma eleição legislativa ou presidencial. Ver, em geral, MELTON, James. *Constitutional Amendment Procedures: A Summary and Critique of Existing Measures* (18 de junho de 2012) (trabalho não publicado) (arquivo do autor), disponível em: [http://www.ucl.ac.uk/~uctqjm0/Files/melton\\_amendment.pdf](http://www.ucl.ac.uk/~uctqjm0/Files/melton_amendment.pdf) (comentando os problemas de mensuração das limitações temporais na literatura).

<sup>152</sup> Esse modelo é utilizado, por exemplo, na Grécia, onde se exige que as emendas sejam votadas por dois Parlamentos diferentes e requer-se dois percentuais distintos de aprovação - 50% em um turno e 60% no outro. Ver 1975 SYNTAGMA [SYN.] [CONSTITUTION] 110 (Grécia).

<sup>153</sup> Empiricamente, não há pesquisas sobre esse problema. Pesquisadores têm considerado extensivamente a relação entre diferentes tipos de regimes de emendas e as suas taxas de frequência, mas tiveram problemas para medir as limitações temporais. Ver Melton, nota 152, 28 (observando que as limitações temporais são “banalizadas pelas ferramentas existentes que dificultam as alterações”).

<sup>154</sup> Ver GRUNDGESETZ FÜR DIE BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND [GRUNDGESETZ] [GG] [BASIC LAW], May 23, 1949, BGBl. I (Ger.) art. 79, § 3 (protege a divisão do Estado em Länder e certos princípios básicos, como a dignidade humana, de serem alterados).

<sup>155</sup> Ver S. AFR. CONST., 1996, art. 74.

proibição de partidos e o conceito de democracia militante estudado na subseção 3.1<sup>156</sup>. Os movimentos “autoritários competitivos” modernos geralmente não procuram destruir os valores básicos da ordem constitucional nem buscar uma visão radicalmente diferente para a forma do Estado<sup>157</sup>. Eles não estariam interessados em alterar princípios constitucionais fundamentais como “dignidade humana”, desde que pudessem realizar alterações institucionais suficientes para perpetuar seu próprio poder.

Uma análise de práticas constitucionais abusivas sugere que essas não são as cláusulas constitucionais mais importantes a serem estabelecidas em um nível superior. Precisamos de mais pesquisas empíricas sobre exatamente como os regimes autoritários competitivos funcionam dentro de ordens constitucionais a fim de obter uma resposta mais completa à questão. No entanto, a abordagem expressivista do entrincheiramento parece direcionada precisamente para as coisas erradas: regimes autoritários competitivos tomam o poder atacando a estrutura constitucional de maneiras sutis, ao invés de assaltar objetivos ou direitos constitucionais básicos.

Proteger a estrutura constitucional contra práticas constitucionais abusivas é bastante difícil. As disposições mais óbvias e comuns são os limites de prazo entrincheirados, que provaram ser o ponto de inflamação no caso hondurenho<sup>158</sup>. Como mostra o caso húngaro em particular, os atores constitucionais abusivos também podem atacar uma série de outras disposições que afetam as características estruturais centrais das instituições fiscalizatórias dos ramos políticos. Disposições sobre o tamanho, a composição e o mandato de juízes de alto escalão podem ser particularmente valiosas e, no entanto, geralmente são desprotegidas nas constituições existentes. Da mesma forma, eles podem atacar os mecanismos de posse e seleção de outros mecanismos-chave de responsabilidade horizontal, como *ombudsmen* e procuradores-gerais.

Elaborar um conjunto de mecanismos de proteção de normas constitucionais em camadas capaz de salvaguardar completamente a estrutura constitucional será provavelmente impossível. É prudente dizer que nenhuma norma isolada seja decisiva, pois os constitucionalistas abusivos têm muitas formas de alcançar o mesmo objetivo. Por exemplo, um ator impedido de alterar um dispositivo estrutural chave pode obter um resultado semelhante ocupando ou prejudicando o tribunal, um resultado que pode ser alcançado alterando o mecanismo de seleção, reduzindo a sua jurisdição ou de várias outras maneiras. Na ausência de proteção abrangente, os pretensos autocratas poderão encontrar disposições alternativas nos níveis constitucional e legal para alcançar fins idênticos, trabalhando assim em torno de disposições diferenciadas<sup>159</sup>.

E, é claro, não se pode proteger toda a estrutura constitucional com limites mais altos para emendas, visto que tal abordagem tornaria a ordem constitucional totalmente imutável,

---

<sup>156</sup> Ver subseção 3.1 (considerando o modelo alemão de democracia militante do pós-guerra, que visa eliminar as ameaças antidemocráticas da ordem democrática).

<sup>157</sup> Ver subseção 2.5 (observando que os regimes autoritários competitivos ganham poder não propondo uma visão radicalmente diferente para o Estado, mas desativando os partidos da oposição e ocupando ou desativando as instituições fiscalizatórias).

<sup>158</sup> Ver subseção 4.1 (comentando o fortalecimento dos limites do mandato presidencial em Honduras).

<sup>159</sup> Como exemplo, considere o caso húngaro na subseção 2.4 - o partido Fidesz utilizou uma variedade de meios alternativos para prejudicar a Corte Constitucional e o judiciário, incluindo ocupar o tribunal, retirar parte de sua jurisdição e diminuir a idade da aposentadoria para os juízes. Algumas dessas mudanças exigiram alteração ou substituição constitucional, mas outras exigiram meras mudanças estatutárias.



em oposição a apenas seletivamente rígida e voltada para ameaças constitucionais abusivas. Isso bloquearia muitas mudanças inócuas, bem como algumas perigosas. Um dos problemas do constitucionalismo abusivo é precisamente que o mesmo conjunto de alterações constitucionais pode ser perigoso em uma situação e inócuo ou benéfico em outras. As mudanças constitucionais húngaras, uma espécie de “Frankenstate”, remendadas a partir de um conjunto de disposições constitucionais comuns e regras legais encontradas em muitas ordens constitucionais que funcionam bem, são um exemplo disso. O mecanismo de hierarquização não é discriminatório o suficiente para separar as perigosas mudanças constitucionais das inócuas. A resposta das ações às deficiências da classificação constitucional é a doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais, o foco da próxima subseção.

### 3.3 A doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais

Uma série de países desenvolveu a chamada “doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais”, a qual sustenta que uma emenda constitucional pode ser substancialmente inconstitucional, sob certas condições. A doutrina foi adotada por tribunais como as Cortes Constitucionais da Alemanha, da Índia, da Turquia e da Colômbia. Neste último país, como já observado, a Corte usou recentemente a doutrina para impedir que o Presidente Alvaro Uribe Velez alterasse a Constituição para concorrer a um terceiro mandato consecutivo<sup>160</sup>. A Corte considerou que a emenda proposta constituiria uma “substituição da constituição” em vez de uma emenda, uma vez que modificaria fundamentalmente a separação de poderes no país<sup>161</sup>. A Corte Constitucional da Turquia derrubou uma emenda que permitia o uso de lenços de cabeça islâmicos nas universidades por considerar que ela era contrária à ordem constitucional secular<sup>162</sup>. Finalmente, em um exemplo mais próximo de casa, a Suprema Corte da Califórnia discutiu a doutrina no contexto da Proposição 8, que proibia o casamento gay no estado<sup>163</sup>. Os proponentes argumentaram que a emenda não

<sup>160</sup> Ver subseção 2.2.

<sup>161</sup> Ver os textos que acompanham as notas 37-45.

<sup>162</sup> Uma mulher teve negada a sua possibilidade de usar um lenço na cabeça e levou o caso à Corte Europeia de Direitos Humanos, cuja decisão entendeu que seu direito à liberdade religiosa não havia sido violado. Ver *Leyla ahin v. Turkey* [GC], no. 44774/98, § 122-23, ECHR 2005; ver também SKACH, Cindy. *International Decision*, 100 *AM. J. INT’L L.* 186, 195, 2006 (argumentando que o caso ilustra uma complexa inter-relação entre o direito doméstico e o internacional quanto ao assunto). O caso situa-se em algum lugar entre a não-textual doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais construída pelas Cortes da Índia e da Colômbia e a já analisada prática do estabelecimento de hierarquias normativas. A constituição turca tornou alguns dispositivos inalteráveis, e isso inclui a disposição que proíbe emendas ao seu art. 2º, que estabelece as “características básicas” do Estado e define a Turquia como “um Estado democrático, secular e social”. Ver ROZNAI, Yaniv; YOLCU, Serkan. *An Unconstitutional Constitutional Amendment - The Turkish Perspective: A Comment on the Turkish Constitutional Court’s Headscarf Decision*, 10 *INT’L J. CONST. L.* 175, 194, 2012. Mas a Corte interpretou essa doutrina a fim de permitir a derrubada de emendas constitucionais encontradas em outras partes da Constituição que infringem o princípio secular, o que torna seu uso muito semelhante à não-textual e incomum utilização feita pelas cortes indiana e colombiana.

<sup>163</sup> Ver *Strauss v. Horton*, 46 Cal. 4th 364, 444 (2009) (constatando que a Proposição não constitui uma revisão constitucional porque não realiza “mudanças de longo alcance na estrutura governamental fundamental ou no poder fundacional de seus ramos, conforme estabelecido na Constituição”). Strauss é, de fato, parte de uma longa lista de casos na Califórnia que interpretam a distinção entre alteração e revisão. Ver, *e.g.*, *Prof’l Eng’rs in*

constituía uma emenda, mas uma revisão constitucional, o que exigia um processo mais rigoroso sob a Constituição da Califórnia do que a mera aprovação da maioria por referendo<sup>164</sup>. O Tribunal, após uma extensa discussão sobre a história da distinção e da doutrina relevante, sustentou que a mudança era uma emenda e, portanto, que o método usado era adequado<sup>165</sup>. A doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais passou, assim, da lateralidade da teoria constitucional para seu centro.

Mas a doutrina também foi sujeita a uma avalanche de críticas acadêmicas<sup>166</sup>. É fácil entender o cerne do ataque: a doutrina parece ser “o mais extremo dos atos contramajoritários”<sup>167</sup>. Em outras palavras, embora no judicial review ordinário a ação política possa ser revista, a decisão judicial sempre poderá ser substituída por uma emenda constitucional<sup>168</sup>. Em países onde aprovar uma emenda constitucional é relativamente fácil (ao contrário dos Estados Unidos), essa é uma fiscalização real do poder de judicial review. Mas a doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais retira essa válvula de segurança permitindo que os tribunais derrubem até as emendas constitucionais. Tal abordagem enfrenta problemas “óbvios” do ponto de vista da teoria democrática<sup>169</sup>.

Um foco na prática do constitucionalismo abusivo sugere uma justificativa para a doutrina e uma vantagem dela sobre o uso de limites constitucionais à realização de emendas. Primeiro, a maioria das ordens constitucionais não é bem elaborada para lidar com os perigos

---

Cal. Gov't v. Kempton, 40 Cal. 4th 1016, 1046-47 (2007) (concluindo que uma mudança constitucional que lida com a contratação de serviços de arquitetura e engenharia não é uma revisão); Legislature v. EU, 54 Cal. 3d 492 (1991) (sustentando que uma proposição que adotava limites de mandato legislativo, gastos limitados com funcionários legislativos e benefícios restritos de aposentadoria do Estado não era uma revisão); Raven v. Deukmejian, 52 Cal. 3d 336, 349-55 (1990) (constatando que um conjunto abrangente de reformas às regras de procedimentos criminais sob a constituição estadual, com o objetivo de derrubar várias decisões a favor de réus da Suprema Corte do Estado da Califórnia, realmente constituiu uma revisão e, portanto, foi invalidada).

<sup>164</sup> Uma emenda pode ser proposta pelo voto de dois terços da legislatura ou por uma petição de 8% dos eleitores. Em ambos os casos, a emenda é aprovada com o consentimento da maioria dos eleitores. Uma revisão é proposta pelo voto de dois terços do legislativo ou por uma Assembleia Constituinte (que deve ser convocada pelo voto de dois terços dos legisladores seguido de aprovação majoritária do eleitorado). Ver CAL. CONST. art. II, § 8; id. art. XVIII, §§ 1-4.

<sup>165</sup> Ver Strauss, 46 Cal. 4th em 444.

<sup>166</sup> Ver, e.g., ALBERT, Richard. Nonconstitutional Amendments, 22 CAN. J.L. & JUR. 5, 22-23, 2009 [doravante Amendments] (chamando a doutrina básica de estrutura de "curiosa", embora sugira algumas possíveis linhas de defesa); CASSELS, Jamie. Judicial Activism and Public Interest Litigation in India: Attempting the Impossible?, 37 AM. J. COMP. L. 495, 501 n.34, 1989 (afirmando que a doutrina básica da estrutura “continua sendo um elemento altamente problemático e controverso do direito constitucional indiano”); COAN, Andrew B. The Irrelevance of Writeness in Constitutional Interpretation, 158 U. PA. L. REV. 1025, p. 1069-70, 2010 (declarando que a doutrina da estrutura básica da Índia “não tem nenhuma base no entendimento original”); JACOBSOHN Gary J. An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective, 4 INT'L J. CONST. L. 460, 487, 2006 (comentando que “se alguma vez confrontadas com a necessidade de exercer essa opção, cabeças sóbrias podem se perguntar se isso valia mesmo a pena”); KOCH JR., Charles H. Envisioning A Global Legal Culture, 25 MICH. J. INT'L L. 1, 58 n. 268, 2003 (referindo-se à doutrina da estrutura básica como um “exemplo extremo de ativismo judicial”).

<sup>167</sup> JACOBSOHN, Gary J. The Permeability of Constitutional Borders, 82 TEX. L. REV. 1763, 1799, 2004 (não obstante, sugerindo possíveis justificativas para a doutrina).

<sup>168</sup> Ver SCHOR, Miguel. The Strange Cases of Marbury and Lochner in the Constitutional Imagination, 87 TEX. L. REV. 1463, 1477-80, 2009 (argumentando que os países estrangeiros adotaram mecanismos mais fáceis de realizar emendas constitucionais em parte pelo medo irrestrito do Poder Judiciário, conforme Lochner).

<sup>169</sup> DIXON, Rosalind. *Transnational Constitutionalism and Unconstitutional Constitutional Amendments* (Maio de 2011) (manuscrito não publicado) (arquivo do autor), disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1840963](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1840963).

modernos da democracia - ou deixam de incluir limites às alterações ou as colocam em dispositivos expressivistas, como demonstra o exemplo da África do Sul<sup>170</sup>. Segundo, mesmo uma constituição idealmente criada, com limites apropriados para proteger as principais disposições estruturais, não impediria completamente o problema do constitucionalismo abusivo. Somente certas partes limitadas da constituição podem ser escalonadas; qualquer projeto alternativo perderia muitos dos benefícios da flexibilidade constitucional. E os pretensos autocratas são especialistas em descobrir maneiras alternativas de alcançar os mesmos fins. O exemplo húngaro ilustra o ponto com relação ao judiciário constitucional: em vez de substituir a Corte Constitucional ou alterar suas regras de mandato, o Fidesz simplesmente acrescentou mais vagas no Tribunal e está avançando no sentido de “ocupá-lo” com seus simpatizantes<sup>171</sup>.

Como Issacharoff apontou, a doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais faz sentido exatamente por causa de sua flexibilidade - permite que os juízes defendam a ordem constitucional sem serem impedidos pelos limites do texto constitucional<sup>172</sup>. As principais preocupações do constitucionalismo abusivo são úteis como uma âncora em potencial, ajudando a tornar seu uso mais preciso e justificável. A alegação não é de que o constitucionalismo abusivo necessariamente ofereça a única justificativa para o uso da doutrina<sup>173</sup>. Minha afirmação é mais modesta - é particularmente adequada e justificada por essas práticas. Assim, focar nessas práticas ajuda a resolver um importante problema

<sup>170</sup> Ver textos que acompanham as notas 155-156.

<sup>171</sup> Ver subseção 2.4.

<sup>172</sup> Ver ISSACHAROFF, Samuel. *Constitutional Courts and Democratic Hedging*, 99 *GEO. L.J.* 961, 1002, 2011 [doravante *Courts*] (observando que a abordagem da estrutura básica pode ser valiosa porque pode não ser “aparente, desde o início de uma democracia, quais dispositivos são centrais” e que a sua exposição *ex ante* pode ser impossível).

<sup>173</sup> Por outro lado, o uso em outras áreas geralmente parece mais problemático. Por exemplo, as Cortes turca e indiana sugeriram que o “secularismo” pode ser uma parte básica de suas respectivas ordens constitucionais. Na Turquia, a Corte Constitucional, em 2005, derrubou uma emenda constitucional que permitia o uso de lenços nas universidades porque isso feria os princípios básicos do secularismo encontrados na ordem constitucional. Esta decisão foi confirmada pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Ver *Leyla ahin v. Turkey* [GC], n. 44774/98, § 114-115, ECHR 2005. A principal questão aqui, como reconhecido pela Corte Europeia, é se o secularismo é necessário para manter uma ordem democrática na Turquia. Ver *id.* Essa conclusão parece problemática à luz de uma literatura mais ampla sobre constitucionalismo e à luz da experiência subsequente na própria Turquia - ambas sugerem que o constitucionalismo democrático é robusto e admite algum envolvimento religioso. Ver, *e.g.*, Roznai & Yolcu, nota 163, 204 (argumentando que permitir que os alunos usem lenços na cabeça não violaria o princípio do secularismo constitucional). Na Índia, o secularismo surge em um contexto diferente, como uma maneira de conter as tensões religiosas que podem desvendar o Estado multiétnico e permitir que grupos religiosos majoritários ataquem minorias religiosas. O uso pode parecer mais justificável nesse tipo de contexto, mas também pode ser redundante. Dada a característica do trabalho sobre formatação constitucional nas democracias multiétnicas, os constituintes agora têm uma variedade de ferramentas em órgãos representativos e em outros lugares para lidar com esses tipos de ameaças. Ver, em geral, HOROWITZ, Donald L. *ETHNIC GROUPS IN CONFLICT*. 2d ed. 2000 (considerando o problema); LIJPHART, Arend. *DEMOCRACY IN PLURAL SOCIETIES: A COMPARATIVE EXPLORATION*, 1977 (igualmente). Talvez seja revelador que a Suprema Corte da Índia tenha usado o princípio secularista de “estrutura básica” não como uma maneira de derrubar emendas constitucionais, mas como uma forma de justificar declarações de emergência pelo governo central contra grupos ultrarreligiosos. Ver *S.R. Bommai v. Union of India*, (1994) 2 S.C.R. 644 (sustentando medidas de emergência que substituem governadores ultra-hindus que incentivaram medidas religiosas contra locais islâmicos com o argumento de que as ações eram necessárias para preservar o secularismo).

conceitual: esclarece os tipos de situações em que essa doutrina, notoriamente vaga, deve ser invocada<sup>174</sup>.

Essa perspectiva está de acordo com a de outros estudiosos que sugeriram uma defesa “pragmática” da doutrina. Issacharoff argumenta que a construção judicial de princípios imutáveis em novas democracias pode ajudar a impedi-las de se deteriorar por dentro, “protegendo os principais recursos da governança democrática contestada”<sup>175</sup>. Da mesma forma, Bernal analisa o uso da doutrina na Colômbia e argumenta que ela desempenha uma função valiosa em regimes hiperpresidencialistas<sup>176</sup>. Usando o caso Uribe como exemplo, ele observa que presidentes fortes podem exercer influência desproporcional sobre esses sistemas, cooptando processos de emenda para servir aos seus próprios interesses e, com isso, reduzir permanentemente a qualidade da democracia. Isso é particularmente verdadeiro em sistemas como o colombiano, nos quais é relativamente fácil aprovar uma emenda constitucional<sup>177</sup>.

Essa justificativa também ajuda a explicar a notória imprecisão da doutrina; juízes e doutrinadores geralmente têm dificuldade em vincular o uso bem-sucedido da doutrina a dispositivos textuais individuais ou a princípios estruturais claros<sup>178</sup>. O motivo é que a doutrina está sendo direcionada a um alvo em movimento - ela está protegendo a democracia de deslocamentos substanciais ao longo do espectro em direção ao autoritarismo, em vez de resguardar isoladamente qualquer princípio constitucional.

Por exemplo, os usos mais agressivos da doutrina da Suprema Corte da Índia vieram em três decisões principais que tratavam do mesmo evento subjacente - os eventos em torno da “emergência” declarada por Indira Gandhi, em que ela efetivamente suspendeu as eleições e muitas liberdades civis por dois anos<sup>179</sup>. As medidas adotadas por Gandhi, que foram derrubadas pela doutrina, compreendiam principalmente tentativas de isolar certos assuntos centrais, como reivindicações de expropriação, nacionalizações, disputas eleitorais e o próprio poder de emenda constitucional, que não seria controlado judicialmente<sup>180</sup>. A ressonância entre os tipos de medidas adotadas por Gandhi e projetos autoritários competitivos modernos é impressionante: ela atuou para desabilitar a oposição eleitoral (fraude, assédio etc.) e

<sup>174</sup> Obviamente, isso não elimina a necessidade de difíceis julgamentos quando uma determinada mudança constitucional realmente ameaça a ordem democrática, o que é um tópico para trabalhos futuros.

<sup>175</sup> Issacharoff, *Courts*, nota 173, 1002.

<sup>176</sup> Ver, *e.g.*, Bernal-Pulido, nota 38 (justificando a doutrina de substituição constitucional em regimes hiperpresidenciais com argumentos conceituais e normativos).

<sup>177</sup> Ver CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA [C.P.] arts. 374-78 (explicando os diferentes processos de emenda constitucional, que exigem apenas uma aprovação legislativa majoritária simples no primeiro turno e uma maioria absoluta no segundo).

<sup>178</sup> Ver *Indira Gandhi v. Raj Narain*, A.I.R. 1975 S.C. 2299 (Índia) (expressando amplo desacordo dentro das opiniões judiciais sobre exatamente quais princípios da estrutura básica a emenda constitucional violou); ver também Albert, *Amendments*, nota 163, 23 (observando que “os contornos da doutrina básica da estrutura permanecem instáveis”).

<sup>179</sup> Ver, em geral, MATE, Manoj. *Two Paths to Judicial Power: The Basic Structure Doctrine and Public Interest Litigation in Comparative Perspective*, 12 *SAN DIEGO INT’L L.J.* 175, 183-88, 2010 (detalhando a emergência no contexto da jurisprudência relevante).

<sup>180</sup> Ver *Minerva Mills v. Union of India*, (1980) 4 S.C.C. 222 (emendas impedindo que haja *judicial review* sobre normas de nacionalização e outras emendas constitucionais); *Indira Nehru Gandhi v. Shri Raj Narain*, (1975) 2 S.C.C. 159 (emendas impedindo o exercício do *judicial review* sobre as eleições); *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*, A.I.R. 1973 S.C. 1461 (emendas impedindo o exercício do *judicial review* sobre expropriações); ver também KRISHNASWAMY, Sudhir. *DEMOCRACY AND CONSTITUTIONALISM: A STUDY OF THE BASIC STRUCTURE DOCTRINE*, 2009. p. 43-69.

enfraquecer as principais instituições de controle, incluindo a Suprema Corte. As decisões tomadas pela Corte naqueles anos foram justificadas menos pela busca de princípios estruturais básicos, nos quais a Corte se fragmentou consistentemente, do que por um consenso de que as ações de Gandhi, tomadas em conjunto, constituíam uma ameaça substancial à ordem democrática<sup>181</sup>. Essas decisões apenas prejudicaram parcialmente o programa de Gandhi, mas podem ter chamado a atenção do público para o seu desejo de minar a ordem democrática<sup>182</sup>.

Da mesma forma, a Corte Constitucional da Colômbia esforçou-se por articular um critério para distinguir uma emenda constitucional que permitisse dois mandatos presidenciais consecutivos (que foram mantidos) e que a alterasse para permitir três mandatos consecutivos (o que foi derrubado). Mais uma vez, no entanto, as considerações da Corte dependiam de sua avaliação concreta do impacto dessas medidas no sistema político colombiano. Um terceiro mandato daria a Uribe o poder de nomear quase todos os servidores públicos que deveriam fiscalizar sua atuação. Talvez o mais importante seja que isso lhe daria controle informal, através de influência direta e indireta, sobre quase todos os aspectos do Estado, tornando assim quase impossível sua substituição<sup>183</sup>. A decisão da Corte visava identificar uma mudança constitucional que levaria a um movimento substancial ao longo do espectro em direção ao autoritarismo.

Finalmente, o fato de a doutrina poder ser usada para proteger os princípios básicos da ordem democrática pode ajudar a aliviar ou pelo menos problematizar as preocupações de que ela seja o principal ato antidemocrático ou contramajoritário que uma corte pode realizar. Primeiro, como observado em detalhes na seção 02, os processos de emenda constitucional podem ser facilmente usados para cumprir as agendas de atores ou grupos políticos específicos; eles não representam necessariamente a vontade do “povo” em um sentido incontestável<sup>184</sup>. Segundo, os exemplos da Hungria, da Venezuela, da Colômbia e do Equador mostram que os mecanismos de mudança constitucional podem frequentemente ser usados para prejudicar a ordem democrática a longo prazo, tornando mais difícil substituir os titulares dos cargos políticos ou fazê-los responsáveis por seus atos irregulares<sup>185</sup>. O uso da doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais pode ser apenas uma maneira de proteger a democracia a longo prazo de certos atos extremos de poder político que ameaçam a própria ordem institucional. Isso sugere um tipo de defesa baseada em processos: uma justificativa comum para o judicial review é a de que os tribunais têm o poder de adotar ações

---

<sup>181</sup> Para um exemplo, ver Shri Raj Narain, 2 S.C.C. 412, situação na qual os quatro juízes que votaram que a emenda eleitoral em questão violava a doutrina da estrutura básica o fizeram usando três teorias diferentes: democracia, igualdade e invasão estrutural sobre o Poder Judiciário.

<sup>182</sup> Ver RAMACHANDRAN, Raju. The Supreme Court and the Basic Structure Doctrine, in KIRPAL, B.N. *et al. eds. SUPREME BUT NOT INFALLIBLE: ESSAYS IN HONOUR OF THE SUPREME COURT OF INDIA* 107, 120, 2000.

<sup>183</sup> Ver textos acompanhando as notas 38-45.

<sup>184</sup> Ver seção 02. Naturalmente, não procuro adotar nenhuma definição única de “povo” para esse fim, nem me posiciono sobre se tal definição é possível. Como outros observaram, esse é um empreendimento prático extraordinariamente difícil, especialmente, mas não exclusivamente, nas políticas multiétnicas. Ver, *e.g.*, KAY, Richard S. Constituent Authority, 59 *AM. J. COMP. L.* 715, 738-43, 2011 (observando os problemas que surgem para determinar se uma população é suficientemente coerente para ser considerada uma pessoa). Apenas afirmo que o uso da vontade popular por líderes como Chávez, Correa e o Partido Fidesz foi problemático e que eles efetivamente exerceram uma reivindicação contestável de uma transformação constitucional abrangente.

<sup>185</sup> Ver seção 02.

contramajoritárias para proteger os próprios canais democráticos e, de uma forma extrema, isso pode descrever o uso adequado da doutrina em questão<sup>186</sup>.

Ainda assim, a justificativa para a utilização da doutrina suscita problemas importantes, os quais tendem a minar sua eficácia prática. Primeiro, há algumas evidências de que a doutrina tende a se expandir ao longo do tempo, pois os tribunais tendem a considerar cada vez mais a existência de partes "essenciais" das constituições. Em outras palavras, pode haver riscos substanciais de que a doutrina tenda a ser inclusiva demais. Em alguns contextos, a identificação das partes fundamentais da ordem constitucional é surpreendentemente similar com a própria jurisprudência da corte constitucional, sugerindo que a doutrina às vezes é usada para a proteção do seu trabalho<sup>187</sup>. Por exemplo, a Corte Colombiana sugeriu recentemente que uma tentativa legislativa de recriminalizar o porte de drogas, após uma decisão judicial que o descriminalizou, provavelmente constituiria uma substituição da constituição porque modificaria parcialmente os seus valores essenciais, como a dignidade e a autonomia dos indivíduos<sup>188</sup>. Em outra decisão recente, a Corte anulou uma emenda constitucional que tinha por intenção evitar a aplicabilidade de suas decisões no sentido de que o regime da função pública fosse aplicado retroativamente aos titulares de cargo em exercício<sup>189</sup>. Ela sustentou que a emenda infringia os princípios constitucionais essenciais que protegem a "meritocracia". Mesmo para os defensores da doutrina, essa dinâmica expansiva é perturbadora. Com isso, amplia-se as preocupações democráticas associadas à doutrina e, ao tornar a constituição indevidamente rígida, pode levar os políticos a mecanismos de mudança mais disruptivos, especialmente a substituição constitucional por atacado.

Mais importante, existem razões para se pensar que a doutrina poderá também se mostrar subinclusiva. Ele não apenas tenderá a ser usada onde não é necessário, mas também falhará onde for mais importante. Como mostraram os exemplos colombiano, venezuelano e húngaro, esses casos exigem que os tribunais tomem decisões para impedir atores altamente populares e poderosos em casos que tocam seus interesses principais e durante períodos de estresse institucional e constitucional. Os exemplos acima mostram que as cortes foram capazes de desempenhar um papel significativo, mas com resultados variados. A Colômbia continua sendo o principal exemplo positivo, em que uma decisão judicial é creditada por ajudar a salvar a democracia no país<sup>190</sup>. Na Hungria, ao contrário, a Corte Constitucional desempenhou um papel muito mais ambíguo, bloqueando algumas medidas individuais, mas recusando-se a empregar a doutrina básica da estrutura constitucional diante de uma pressão política significativa<sup>191</sup>. Além disso, à medida que o Fidesz continua a controlar as alavancas

<sup>186</sup> Ver ELY, John Hart. *DEMOCRACY AND DISTRUST*, p. 181-82, 1980 (argumentando por uma defesa procedimental do direito constitucional dos Estados Unidos, chamada "reforço da representação", como uma maneira de combater a dificuldade contramajoritária).

<sup>187</sup> Considere também os casos recentes na Índia, onde a Corte usou a doutrina básica da estrutura para limitar os esforços para estabelecer um sistema paralelo de tribunais administrativos separados do judiciário comum e mais dependentes do governo. Ver Ramachandran, nota 183, 122-23 (listando casos). É verdade que esse tipo de ação poderia ser usada como parte de um plano de constitucionalismo abusivo, mas, no contexto em que as normas relevantes foram derrubadas, não havia essa ameaça.

<sup>188</sup> Ver Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], Julio 22, 2011, Sentencia C-574/11, Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] (Colom.), disponível em: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-574-11.htm>.

<sup>189</sup> Ver Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], Agosto 27, 2009, Sentencia C-588/09, Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] (Colom.), disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-588-09.htm>.

<sup>190</sup> Ver subseção 2.2.

<sup>191</sup> Ver texto acompanhando as notas 74-75.

políticas do país, ele avançou para obter um controle efetivo sobre a Corte. No longo prazo, é improvável que ela consiga realizar uma fiscalização efetiva sobre o Fidesz.

Há razões para pensar que o exemplo colombiano é excepcional. Como apontaram os comentaristas, os atores políticos podem pagar um preço alto, tanto internacional quanto domesticamente, por desobedecerem as decisões judiciais<sup>192</sup>. As decisões ainda podem ser ignoradas e as cortes hostis fechadas, mas é mais difícil para os políticos tomarem essas medidas hoje do que um dia foi<sup>193</sup>. Nesse sentido, os tribunais são mais relevantes durante os episódios de constitucionalismo abusivo do que nos golpes militares clássicos. A maneira mais fácil de um regime autoritário híbrido ou competitivo controlar uma corte é preenchê-la com seus correligionários - assim ela fica relativamente silenciosa e é improvável que sua composição manipulada adote ferramentas como a doutrina básica da estrutura contra o governo. Qualquer regime autoritário competitivo que esteja vinculado a um movimento político duradouro - como foi o caso da Venezuela e agora é o da Hungria - provavelmente conseguirá preencher as cadeiras da sua Corte Constitucional, uma vez que tenha tempo suficiente<sup>194</sup>.

### 3.4 A lacuna teórica da substituição constitucional

Um último problema com a doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais é que ela repousa em fundamentos teóricos frágeis que deixam a substituição constitucional (em oposição à emenda constitucional) desprotegida contra práticas constitucionais abusivas. Essas fundações assumem que apenas as emendas constitucionais - e não a substituição da constituição em si - aumenta os riscos de abuso. No entanto, como mostrado na seção 02, tanto as emendas quanto a substituição constitucional aumentam esses riscos.

Diante da crítica sofrida pela doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais e mencionada acima (de serem antimajoritária), os estudiosos desenvolveram uma defesa essencialmente baseada em processos. Vicki Jackson, por exemplo, argumentou recentemente que a doutrina pode ser fortalecida se for vista não como um veto a todos os caminhos para a modificação democrática, mas sim afirmando que um método particular de mudança popular - a emenda constitucional - não está disponível e que os atores

<sup>192</sup> Ver, *e.g.*, Issacharoff, Courts, nota 173, 1010-11 (argumentando que as decisões das cortes atacam em vários contextos institucionais difíceis, embora admitindo que às vezes esses atores falham em desempenhar seu papel ou são ignorados por outras instituições).

<sup>193</sup> Contudo, existem diversos exemplos bem conhecidos dessas práticas. Em Belarus, o Presidente competitivo autoritário Alexander Lukashenko ignorou as decisões da Corte constitucional que haviam afirmando que ele violou a Constituição dezesseis vezes durante seus primeiros dois anos de mandato. Ver LEVITSKY & WAY, nota 27, 79. Na Rússia, talvez o exemplo mais conhecido de ineficácia judicial, o Presidente Yeltsin fechou uma Corte Constitucional recalcitrante, depois de ela declarar inconstitucionais vários de seus decretos relacionados ao processo constitucional. Ver Epstein et al., nota 98, 136-37.

<sup>194</sup> Na Venezuela, por exemplo, o judiciário desempenhou seu papel na fiscalização de Chávez no início de sua presidência, mas perdeu sua independência com o tempo. Ver URRIBARRI, Raul A. Sanchez. Courts Between Democracy and Hybrid Authoritarianism: Evidence from the Venezuelan Supreme Court, 36 LAW & SOC. INQUIRY 854, 854, 2011.

democráticos devem utilizar outro procedimento mais exigente<sup>195</sup>. Ela chama essa forma de revisão de “procedimento processual substantivo”<sup>196</sup>. Em alguns casos, é fácil identificar essa defesa da doutrina, como na Califórnia. Como muitas constituições estaduais fizeram ao mesmo tempo, a Constituição da Califórnia distingue entre “emenda” e “revisão” e exige que as revisões passem por procedimentos mais exigentes<sup>197</sup>. Ao dizer aos ramos políticos que eles não podem mudar a constituição via emenda, a Suprema Corte da Califórnia está, em essência, exigindo que as alterações constitucionais sejam feitas por meio do método de revisão mais exato.

A maioria das constituições estrangeiras não possui um procedimento explícito em duas vertentes para a mudança constitucional, mas é possível inferir algo assim se assumirmos que substituir a constituição é a alternativa para simplesmente alterá-la. Dessa maneira, a doutrina pode novamente ser entendida como uma salvaguarda do poder constituinte do povo. A teoria ajuda a reforçar a legitimidade democrática da doutrina, sugerindo que os tribunais que a aplicam estão apenas atuando como guardiões no sentido de exigir que os diferentes tipos de mudança sejam realizados pelo caminho correto em vez de interromper completamente o debate democrático sobre uma determinada questão. Certas mudanças requerem a deliberação de alto nível implícita na substituição constitucional, ao invés de procedimentos ordinários de emenda constitucional.

Essa posição está alinhada com a teoria do constitucionalismo de Bruce Ackerman nos Estados Unidos. Ackerman argumenta que, na maioria dos casos da história americana, os ramos políticos constituídos agiam sob as regras de uma ordem política existente, mas em algumas instâncias-chave (principalmente após a Guerra Civil e durante o New Deal) figuras políticas ganharam um apoio tão duradouro e profundo que eles efetivamente agiram em nome do povo para refazer a Constituição<sup>198</sup>. As defesas procedimentais da doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais sugerem uma distinção semelhante entre os poderes constituídos comuns (que possuem apenas um poder limitado de emenda constitucional) e o detido pelo “povo” (que possui um poder pleno para refazer a ordem constitucional).

Também parece ser assim que a doutrina é entendida em muitos dos sistemas jurídicos que a utilizam regularmente. Por exemplo, a Suprema Corte da Índia considerou que a doutrina básica da estrutura constitucional induz à limitação ao art. 368 - que determina o poder do Parlamento de alterar a Constituição - e, presumivelmente, não o poder de uma Assembleia Constituinte ou outra entidade para substituir a Constituição por outra<sup>199</sup>. Mais explicitamente, a Corte Constitucional da Colômbia declarou que a “doutrina da substituição

---

<sup>195</sup> Ver JACKSON, Vicki. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Window into Constitutional Theory and Transnational Constitutionalism, in BAUERLE, Michael. et al. eds. *DEMOKRATIE PERSPEKTIVEN: FESTSCHRIFT FÜR BRUN-OTTO BRYDE ZUM 70. GEBURTSTAG* 47, 60-62, 2013 (“Os procedimentos de emenda em camadas aplicados por meio de revisão processual substantiva têm o efeito de tornar algumas disposições mais difíceis, mas não impossíveis, de serem alteradas, garantindo assim os compromissos de justiça constitucional para manter seu enraizamento democrático ou consensual”).

<sup>196</sup> Ver id. 60.

<sup>197</sup> Ver texto acompanhando a nota 165.

<sup>198</sup> Ver ACKERMAN, nota 142, 6-7 (1991) (“[Uma] constituição dualista procura distinguir entre duas decisões diferentes que podem ser tomadas em uma democracia. A primeira é uma decisão do povo americano; a segunda, do seu governo.”)

<sup>199</sup> Ver KRISHNASWAMY, nota 181, 30 (observando que a corte de Kesavananda fez uma distinção importante entre alteração e substituição).



da Constituição” limita emendas constitucionais pelo Parlamento ou via referendo, mas não a substituição constitucional pela Assembleia Constituinte<sup>200</sup>. Segundo a Corte, apenas as pessoas que atuam por meio de uma assembleia constituinte podem exercer o “poder constituinte original” necessário para fazer certas mudanças fundamentais na ordem constitucional<sup>201</sup>.

A defesa teórica da doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais pressupõe, portanto, uma distinção cabal entre as emendas constitucionais e a da própria constituição. Pressupõe que apenas as emendas estão sujeitas a práticas constitucionais abusivas, enquanto a substituição constitucional é sempre realizada pelo próprio povo. Esses argumentos tiveram um impacto significativo na teoria e na prática constitucionais comparadas. Na pesquisa acadêmica, eles se voltam à concepção clássica de visões de constituição como um ato legalmente não controlado e incontrolável<sup>202</sup>. Os teóricos tradicionais Emmanuel Joseph Sieyes e Carl Schmitt encaram a constituição como um ato realizado por um poder que é necessariamente superior a qualquer outra força política existente<sup>203</sup>. Isso ficou conhecido como a teoria do “poder constituinte originário”. Sieyes, por exemplo, escreve que a vontade nacional não está sujeita a uma constituição, enquanto Schmitt argumenta que as constituições são criadas por atos de vontade política e que isso coexiste mesmo após a elaboração das constituições. Ambos os teóricos sugerem uma visão do que Joel Colon-Rios chamou de “constitucionalismo fraco” - a ideia de que o povo tem o poder inerente de refazer sua ordem constitucional a qualquer momento, sem restrições pela ordem política existente<sup>204</sup>. Muitos estudiosos, incluindo Bruce Ackerman, expressaram insatisfação com a visão de Sieyes/Schmitt sobre a constituição, mas nenhum realmente ofereceu um mecanismo para restringir a substituição constitucional abusiva<sup>205</sup>.

<sup>200</sup> Ver, e.g., Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], Octubre 19, 2005, Sentencia C-1040/05, Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] (Colom.). Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1040-05.htm>.

<sup>201</sup> A Constituição da Colômbia explicitamente contempla emendas ou substituições constitucionais pela Assembleia Constituinte. Ver CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA [C.P.] art. 376.

<sup>202</sup> Ver Landau, Constitution-Making, nota 3, 932.

<sup>203</sup> Ver SCHMITT, Carl. *CONSTITUTIONAL THEORY* 125-26 (Jeffrey Seitzer trans., 2008); SIEYES, Emmanuel Joseph, *WHAT IS THE THIRD ESTATE?* 17, 1963. Com isso não quero implicar a identidade de ambas as teorias; algumas importantes diferenças são discutidas em COLON-RIOS, Joel. *WEAK CONSTITUTIONALISM: DEMOCRATIC LEGITIMACY AND THE QUESTION OF CONSTITUENT POWER* 88, 2012.

<sup>204</sup> Ver RIOS, nota 204, 1-2; ver também ELSTER, Jon. Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process, *45 DUKE L.J.* 364, 394-96, 1995 (argumentando que a elaboração constitucional por meio de dispositivos populares, como assembleias constituintes, produzirá um resultado melhor e permitirá mais deliberação na política).

<sup>205</sup> Ver, e.g., ACKERMAN, Bruce. *WE THE PEOPLE 2: TRANSFORMATIONS* 11, 1998 (distinguindo cuidadosamente a teoria do poder constituinte originário de sua teoria da transformação constitucional americana e afirmando que a primeira consiste no ponto em que “a lei termina e a pura política (ou guerra) começa”); ARATO, Andrew. Forms of Constitution-Making and Theories of Democracy, *17 CARDOZO L. REV.* 191, p. 230-31, 1995 (rejeitando um modelo “soberano” de elaboração constitucional por ser excessivamente majoritário e por não permitir aprendizado sequencial). Arato possui um modelo altamente desenvolvido de elaboração constitucional “pós-soberana”, que se baseia em discussões em mesas redondas e restrições externas por cortes ou outros órgãos. Ver ARATO, Andrew. *CONSTITUTION MAKING UNDER OCCUPATION* 59-98, 2000. Mas essa cooperação em sua teoria emerge endogenamente e não é um produto de normas do texto constitucional existente, talvez porque ele se concentre nas transições de regimes autoritários em vez de criar constituições dentro de ordenas já democráticas.

A visão de Sieyes/Schmitt também deixou impressões importantes nos níveis da doutrina e da elaboração constitucional<sup>206</sup>. A doutrina do poder constituinte originário sustenta que o povo mantém seu direito inerente de sair da ordem constitucional existente e de substituir o texto constitucional a qualquer momento. A ordem constitucional restringe os “poderes constituídos” estabelecidos pelo texto, mas não pode impedir o “povo” de refazer sua própria ordem constitucional. No nível do desenho constitucional, relativamente poucas constituições contêm qualquer cláusula para regular sua própria substituição, uma vez que esse procedimento é visto como um ato que ocorre fora da ordem constitucional. Além disso, práticas de “poder constituinte originário” são vistos como associados à vontade popular e, portanto, dispositivos como assembleias constituintes e referendos são normalmente considerados consistentes com a doutrina. Assim, quando a substituição constitucional é regulada nos textos constitucionais, geralmente é ativada por meio do uso desses dispositivos e pode ser regulada por mecanismos populares menos exigentes ou sem dúvida menos complicados do que os necessários para alterar a constituição<sup>207</sup>.

O problema é que a substituição constitucional também faz parte do conjunto de ferramentas à disposição dos regimes abusivos - os quais podem controlar os processos que acionam a substituição ou de elaboração constitucional; figuras e movimentos poderosos podem, de maneira eficiente, remodelar a ordem jurídica a fim de atender seus interesses. Os exemplos retirados da Venezuela, do Equador e da Hungria mostram que a emenda e a substituição constitucionais são vistas pelos pretensos agentes autoritários como mecanismos complementares. De fato, as duas ferramentas são frequentemente empregadas por figuras políticas para substituir a ordem jurídica ou como parte de um pacote usado para entrincheirar indivíduos ou grupos no poder. Os casos equatoriano e venezuelano demonstram o primeiro padrão, pois Chávez e Correa se voltaram para a substituição constitucional porque teriam dificuldade em forçar a emenda por meio dos canais ordinários<sup>208</sup>. O caso húngaro demonstra o último modelo - o Fidesz assumiu o controle

<sup>206</sup> Rios e Hutchinson argumentam que referências ao “poder constituinte” basicamente desapareceram da teoria constitucional americana. Ver COLON-RIOS, Joel. HUTCHINSON, Allen. *Democracy and Revolution: An Enduring Relationship?*, 89 *DENV. U. L. REV.* 593, 597, 2012. A afirmação é mais questionável nos níveis da teoria constitucional estrangeira e da prática constitucional comparada de cortes e atores políticos, nos quais a doutrina permanece popular. Para alguns exemplos do uso da doutrina “poder constituinte originário” na América Latina, ver Landau, *ConstitutionMaking*, nota 3, 965-66.

<sup>207</sup> Um exemplo impressionante desse tipo de linguagem vaga e populista na elaboração constitucional se deu na Alemanha, onde a Lei Fundamental foi explicitamente pensada para ser um texto temporário a ser substituído na unificação. A cláusula relevante declara: “Esta Lei Básica, que desde a conquista da unidade e liberdade da Alemanha se aplica a todo o povo alemão, deixará de ser aplicada no dia em que uma constituição adotada livremente pelo povo alemão entrar em vigor”. GRUNDGESETZ FÜR DIE BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND [GRUNDGESETZ] [GG] [BASIC LAW], May 23, 1949, BGBl. I (Ger.) art. 146. Esse dispositivo forma uma lacuna surpreendente em uma ordem constitucional que, de outra forma, se protege contra mudanças constitucionais abusivas, tanto por meio de “democracia militante” quanto por normas não emendáveis. Ver Kay, nota 185, 726-27; ver também CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA [C.P.] art. 376 (Colom.) (permitindo que uma Assembleia Constituinte, com procedimentos e características indefinidas, seja convocada por maioria de votos no Congresso, seguida de aprovação num referendo); CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, arts. 348-349 (Ven.) (permitindo que uma Assembleia Constituinte que substitua a Constituição seja convocada pelo Presidente, por dois terços do Congresso, por dois terços dos governos locais ou por 15% dos eleitores).

<sup>208</sup> Ver subseção 2.3.

suficiente do Parlamento para reformar e substituir a Constituição e usou os dois mecanismos estrategicamente para consolidar seu poder e neutralizar a oposição ao seu projeto<sup>209</sup>.

A substituição constitucional, portanto, permanece em grande parte desregulada na teoria e na prática constitucionais, o que a torna passível de abusos por parte de atores ou grupos poderosos que pretendem agir em nome do povo. O fracasso em regular os processos de substituição constitucional é uma lacuna significativa na teoria constitucional moderna. Parece importante que os textos constitucionais regulem os dois tipos diferentes de questões: as condições sob as quais a constituição existente pode ser substituída e o processo de criação de um novo texto constitucional<sup>210</sup>. Esse tipo de previsão de substituição constitucional não existe em nenhum lugar, embora elementos dela estejam presentes em vários desenhos constitucionais<sup>211</sup>. Observe que meu argumento aqui não entra no complexo debate jurisprudencial sobre se as constituições existentes podem, teoricamente, controlar os esforços de criar uma nova constituição ou se esses esforços se situam fora da ordem existente. A questão é pragmática: essas cláusulas podem ter efeitos sociológicos e psicológicos nas expectativas dos cidadãos, alterando suas práticas de maneira útil e diminuindo a probabilidade de uma ruptura destrutiva.

As regras para a ativação do mecanismo de substituição constitucional podem ser consideravelmente mais difíceis de alcançar do que as relativas às emendas constitucionais, diferente do que se dá na Hungria, onde elas são iguais ou menos rigorosas<sup>212</sup>. Isso decorre do fato de que a substituição é normalmente mais destrutiva para a ordem constitucional. E se os mecanismos de substituição pretendem ser a consagração do objetivo popular de refazer as instituições existentes, eles devem ser difíceis de ativar e aprovar. Por exemplo, a utilização de um referendo pode exigir que 10% dos eleitores registrados efetivamente votem e requerer a aprovação, talvez, de 75% deles para que se forme o procedimento de substituição. Essa também é outra área em que as restrições temporais podem ser úteis: por exemplo, os eleitores podem votar duas vezes a favor da autorização de uma assembleia constituinte, com uma diferença de pelo menos uma eleição intermediária separando as duas votações<sup>213</sup>. Como no contexto das emendas constitucionais, o uso do tempo seria útil para

<sup>209</sup> Ver subseção 2.4.

<sup>210</sup> Uma alternativa às cláusulas de substituição textual seria uma doutrina da substituição constitucional inconstitucional avaliada pelos juízes - em outras palavras, uma suposição de que o novo texto constitucional estaria vinculado por certos princípios fundamentais da ordem constitucional existente e que os juízes sejam encarregados de fiscalizar esses limites. Isso é conceitualmente possível: a constituição interina sul-africana, por exemplo, continha princípios fundamentais que precisavam ser respeitados no texto constitucional final e eles foram supervisionados pela Corte Constitucional. Ver, *e.g.*, ARATO, Andrew. Post-Sovereign Constitution-Making and its Pathology in Iraq, *51 N.Y.L. SCH. L. REV.* 535, 539, 2006 [doravante Pathology in Iraq] (descrevendo o modelo de dois estágios da África do Sul). O caso sul-africano foi extraordinário na medida em que os princípios eram textuais, não feitos por juízes. Uma doutrina totalmente elaborada por juízes enfrentaria sérios problemas, tanto do ponto de vista da teoria democrática quanto da aplicabilidade prática. Na Venezuela, por exemplo, as tentativas da Suprema Corte de fazer com que o processo de constituição cumpra o "espírito" da constituição existente se mostraram ineficazes. Veja o texto que acompanha as notas 52-56. Além disso, diferentemente de uma doutrina de emendas constitucionais inconstitucionais, uma doutrina de substituição constitucional inconstitucional parece realmente afastar qualquer mecanismo pelo qual uma política pudesse realizar certas mudanças fundamentais na ordem constitucional.

<sup>211</sup> Ver nota 213.

<sup>212</sup> Ver nota 76 (observando que as regras de alteração e substituição constitucionais eram idênticas na Hungria porque o país nunca aprovou uma constituição permanente após a transição democrática).

<sup>213</sup> Ver texto que acompanha as notas 151-152 (explorando a utilidade de limitações temporais no processo de emendas constitucionais).

evitar a substituição constitucional realizada apenas para servir aos interesses de determinados grupos ou atores políticos. Essas cláusulas de substituição podem regular o próprio processo de elaborar novas constituições. As constituições poderiam, por exemplo, impor requisitos de supermaioria de votos para convocação das assembleias constitucionais e também poderiam regular as regras eleitorais que seriam usadas para escolher esse corpo legislativo<sup>214</sup>. Essas cláusulas são importantes para garantir que o processo constituinte não seja sequestrado para fins majoritários. Vários estudiosos argumentaram que os modelos majoritários de elaboração constitucional tendem a levar a maus resultados e que eles deveriam procurar incentivar o consenso<sup>215</sup>.

Existe, é claro, o risco de que essas cláusulas sejam ignoradas. A substituição constitucional tende a ocorrer em momentos de crise política em uma sociedade e, nesses momentos, as restrições legais ao poder tendem a ser inoperantes. Os tribunais que tentam impor restrições nesses ambientes podem esbarrar nos limites de suas “zonas de tolerância” e serem ignorados ou fechados por tomarem decisões hostis<sup>216</sup>. Mas, como já foi observado, os atores políticos que procuram criar regimes híbridos provavelmente terão receio de desobedecer textos constitucionais claros; tais ações arriscariam entrar em conflito com as cláusulas democráticas examinadas anteriormente e potencialmente lhes custariam legitimidade nacional e internacional. Uma regulamentação clara das condições sob as quais a substituição constitucional pode ocorrer e do processo que deve ser seguido durante a elaboração da constituição deve ter pelo menos algum impacto na restrição do constitucionalismo abusivo. Parece provável, por exemplo, que tanto o Fidesz, na Hungria, quanto Chávez, na Venezuela, teriam cumprido regras constitucionais mais exigentes, se elas existissem. Ambos os atores pareciam receosos de cometer atos abertamente ilegais (em oposição a juridicamente ambíguos).

Um conjunto mais substancial de objeções às cláusulas de substituição constitucional decorre do fato de que existem pelo menos três tipos de linhas que podem ser difíceis ou impossíveis de serem traçadas por essa cláusula. Primeiro, é muito difícil distinguir exercícios

---

<sup>214</sup> A nova Constituição da Bolívia, de 2009, possui uma cláusula que faz um péssimo trabalho na regulação do início do seu processo de substituição, mas é incomum tentar regular o processo de constituição de acordo com as linhas sugeridas aqui. A cláusula prevê que uma “Assembleia Constituinte com plenos poderes” pode ser iniciada por 20% do eleitorado, por uma maioria absoluta da Assembleia Legislativa ou pelo Presidente e a proposta deve ser aprovada por referendo. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO (CONST. BOL.) (2009), art. 411 (Bol.). Essa estrutura, como a do Equador e da Venezuela, está sujeita à manipulação populista de um presidente forte. Ver nota 206. No entanto, a Constituição boliviana também prevê que as decisões da Assembleia sejam tomadas por maioria de dois terços e depois aprovadas em referendo. Ver CONST. BOL. (2009), art. 411. Esse tipo de dispositivo indica pelo menos uma regulamentação efetiva do processo de elaboração constitucional, embora deixe perguntas importantes sem resposta (como as regras eleitorais usadas para selecionar a Assembleia). Uma cláusula semelhante estava em vigor quando a Constituição de 2009 foi escrita e pode ter ajudado a restringir um processo extremamente confuso, produzindo uma Constituição de consenso. Ver Landau, *Constitution-Making*, nota 3, 958-59 (observando que as regras foram ameaçadas em vários pontos, mas finalmente seguidas).

<sup>215</sup> Ver, *e.g.*, Arato, *Pathology in Iraq*, nota 211, 540-51 (sustentando um modelo pós-soberano de criação constitucional); Landau, *Constitution-Making*, nota 3, 936-40 (defendendo um modelo de constitucionalismo que se concentre nos piores resultados - quebras de ordem ou deslizamentos da democracia em regimes autoritários competitivos); Partlett, nota 91, 239-40 (argumentando que a experiência russa mostra os perigos de um processo de elaboração constitucional sem restrições).

<sup>216</sup> Ver, *e.g.*, Epstein et al., nota 98 (observando que a Corte Constitucional da Rússia, tentando restringir Yeltsin durante o processo de elaboração constitucional da Rússia, atingiu o limite de sua zona de tolerância e foi fechado).

"genuínos" da vontade popular de exercícios "falsos" ou "manipulados". Uma cláusula de substituição, na prevenção de alguns atos "inautênticos" de substituição da constituição, provavelmente também impediria alguns atos "autênticos". Segundo, como Sujit Choudry argumentou, há situações que as constituições não regulam adequadamente, mas é muito difícil distingui-las das que são entendidas como pertinentes à ordem constitucional existente<sup>217</sup>. Existe um risco real de que uma cláusula de substituição tenha o viés de regular em excesso, controlando situações que são melhor tratadas fora da ordem constitucional existente. Finalmente, numa linha mais pragmática, há situações em que é melhor substituir uma constituição existente do que mantê-la. A longevidade constitucional não é um bem absoluto. Tom Ginsburg, Zachary Elkins e James Melton dão um exemplo óbvio - a Constituição libanesa de 1926, que estabeleceu um rígido acordo de compartilhamento de poder entre muçulmanos e cristãos, fracassou com a mudança da demografia que só foi resolvido após uma longa guerra civil<sup>218</sup>. Apesar de tudo, seria difícil para uma cláusula de substituição distinguir as situações em que ela é desnecessária das situações em que isso não ocorre, bem como existe o risco de uma cláusula de substituição manter algumas constituições ruins.

Todos esses problemas devem alertar os estudiosos quanto a eventuais recomendações sobre a incorporação de cláusulas de substituição constitucional, mesmo que eles não destruam totalmente a importância desses mecanismos. Nesse ponto, basta dizer que o fracasso em lidar com o problema da substituição constitucional é uma lacuna substancial na moderna teoria constitucional. As práticas do constitucionalismo abusivo mostram como as constituições podem, dentro da ordem democrática, ser substituídas oportunisticamente por líderes poderosos de formas muito destrutivas. No entanto, embora teóricos e tribunais tenham desenvolvido técnicas e doutrinas elaboradas para controlar as emendas constitucionais, eles deixaram a substituição constitucional como uma espécie de caixa preta.

#### 4 UMA REVISÃO CRÍTICA DAS RESPOSTAS ESTABELECIDAS E EMERGENTES NO DIREITO INTERNACIONAL

Mecanismos de defesa democrática são menos desenvolvidos no direito internacional do que no direito constitucional comparado. Há muito se observa que não existe um direito internacional da democracia plenamente estruturado. Historicamente, esses assuntos eram vistos como concernentes à governança interna e, portanto, além da preocupação do direito internacional<sup>219</sup>. Mesmo após a revolução dos direitos humanos no período pós-Segunda Guerra Mundial, que reformulou a maneira como os Estados tratam

---

<sup>217</sup> Ver Choudhry, nota 143, 229 (argumentando que os projetistas constitucionais devem perceber que há pontos em que o constitucionalismo falhará inevitavelmente). Choudhry falava de momentos constitucionais no estilo de Ackerman dentro de uma determinada ordem constitucional em vez de substituições das constituições.

<sup>218</sup> Ver GINSBURG, Tom. et al., nota 140, 34-35 (observando uma preferência modesta em favor da estabilidade constitucional na maioria das vezes, mas reconhecendo situações em que as constituições devem ser substituídas).

<sup>219</sup> Ver, e.g., FRANCK, Thomas M. The Emerging Right to Democratic Governance, 86 AM. J. INT'L L. 46, 46, 1992 (admitindo que, historicamente, as questões de governança interna estavam fora do escopo do direito internacional).

seus próprios cidadãos, a forma de governo permaneceu amplamente fora do escopo do direito internacional.

Não obstante, por várias décadas, pesquisadores afirmaram que um direito humano à democracia está emergindo e que o direito internacional não é mais neutro na questão da forma de governo<sup>220</sup>. Esses estudiosos enumeram vários tratados globais e regionais, declarações da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) e outras fontes para chegar a essa conclusão. Por exemplo, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), embora não exija uma forma determinada de governo, inclui direitos relevantes, como o direito à liberdade de expressão, associação e voto<sup>221</sup>. Além disso, o Documento Final da Cúpula Mundial de 2005 declarou a democracia como um “valor universal”<sup>222</sup>.

Meu objetivo aqui não é examinar criticamente essa vasta literatura<sup>223</sup>. Em vez disso, restrinjo-me a examinar, na subseção 4.1, o principal mecanismo de execução que surgiu no nível regional, a cláusula de democracia<sup>224</sup>. Esses tipos de cláusulas geralmente suspendem a filiação a organizações regionais ou oferecem outras sanções a Estados que enfrentam “interrupções inconstitucionais” em sua ordem democrática ou que se enquadrem em condições semelhantes. Essas cláusulas podem ser bastante eficazes na detecção de golpes militares e outras violações óbvias na ordem democrática, mas não funcionam bem no combate ao constitucionalismo abusivo. Os mecanismos do constitucionalismo abusivo são sutis e ambíguos demais para desencadear claramente as cláusulas - por exemplo, muitas vezes não está claro se a ação é “inconstitucional” ou se a ordem democrática foi “interrompida”. Assim, a cláusula de democracia parece ser de uso limitado contra o que agora está emergindo como a principal ameaça à democracia.

A subseção 4.2 avalia respostas emergentes, na prática ou na academia, que aumentariam o escopo da revisão em nível internacional. A mais radical delas é a recente proposta da Tunísia, apresentada perante a Assembleia Geral da ONU no ano passado, para a

<sup>220</sup> Ver, *e.g.*, Fox & Nolte, nota 111, 6 (observando que “questões de governança doméstica [estão se movendo] do âmbito exclusivo do direito constitucional doméstico e entrando [no] campo de atuação do direito internacional dos direitos humanos”); Franck, nota 220 (argumentando que a democracia está se tornando um princípio do direito internacional público).

<sup>221</sup> Ver Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, arts. 19, 22, 25, Mar. 23, 1976, 999 U.N.T.S. 171.

<sup>222</sup> G.A. Res. 60/1, § 135, U.N. Doc. A/RES/60/1 (Oct. 24, 2005).

<sup>223</sup> Para algumas contribuições-chaves, ver, por exemplo, Fox & Nolte, nota 111 (argumentando que esse direito está surgindo); Franck, nota 220 (da mesma forma). Ver também FOX, Gregory H. Democracy, Right to International Protection, in *MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 35-36, 2012*. Disponível em: [http://www.mpepil.com/subscriber\\_article?script=yes&id=/epil/entries/law-9780199231690-e773&recno=1&author=Fox%20%20Gregory%20H](http://www.mpepil.com/subscriber_article?script=yes&id=/epil/entries/law-9780199231690-e773&recno=1&author=Fox%20%20Gregory%20H) (concluindo que esse direito continua a emergir, mas é prejudicado por discordâncias sobre a definição de democracia e por causa de diferenças regionais); FOX, Gregory H.; ROTH, Brad R. Introduction: The Spread of Liberal Democracy and its Implications for International Law, in \_\_\_\_\_, *DEMOCRATIC GOVERNANCE AND INTERNATIONAL LAW 1, 2, 2000* (“[Agora] está claro que o direito e as organizações internacionais não são mais indiferentes ao caráter interno dos regimes que exercem controle efetivo nos Estados ‘soberanos’.”); Marks, nota 19, 522-24 (argumentando que a ideia de tal direito permanece instável e problemática no direito internacional).

<sup>224</sup> Eu não me envolvo na controversa questão da intervenção pró-democrática. Ver, *e.g.*, MESQUITA, Bruce Bueno de. DOWNS, George. Intervention and Democracy, *60 INT’L ORG.* 627, 647, 2006 (encontrando dados empíricos que apontam a improbabilidade de uma contribuição positiva oriunda da intervenção democrática); VAN DEN DRIEST, Simone. Pro-Democratic Intervention and the Right to Political Self-Determination: The Case of Operation Iraqi Freedom, *57 NED. INT’L L. REV.* 29, p. 46-48, 2010 (argumentando que a intervenção democrática põe em risco o direito internacional à autodeterminação).

criação de uma Corte Constitucional Internacional que atuaria como árbitro internacional de ações abusivas. Não descarto essas possibilidades emergentes de imediato, mas aponto as grandes dificuldades envolvidas para torná-las eficazes contra o constitucionalismo abusivo.

#### 4.1 Cláusulas democráticas

Nas Américas, assim como na África, e também nos documentos que governam os países da Commonwealth, um importante mecanismo de pressão pela democracia é a chamada “cláusula democrática”<sup>225</sup>. Essas cláusulas estabelecem que, em certas circunstâncias, uma transição de um regime democrático para um regime não democrático será punida por atores internacionais na região. A versão latino-americana da cláusula estabelece que um país pode ser suspenso da Organização dos Estados Americanos (OEA) se seu “governo constituído democraticamente tiver sido derrubado pela força”<sup>226</sup>. Outros documentos relevantes no sistema da OEA preveem a suspensão do país caso ocorra uma “interrupção inconstitucional da ordem democrática ou uma alteração inconstitucional do regime constitucional que prejudique seriamente a ordem democrática em um Estado-membro”<sup>227</sup>.

A cláusula contida na Carta da União Africana declara similarmente que o “[g]overnos que chegarem ao poder por meios inconstitucionais não poderão participar das atividades da União” e prevê conjuntos de sanções contra esses regimes<sup>228</sup>. Por fim, a versão da cláusula da Commonwealth é acionada “particularmente no caso de um derrubada inconstitucional de um governo eleito democraticamente” e estabelece um regime semelhante de sanções<sup>229</sup>. Não há dúvida de que golpes diminuíram acentuadamente nas regiões antes por eles marcadas e que adotam essas cláusulas, como têm ocorrido em todo o mundo<sup>230</sup>. É difícil dizer se a queda é causada por essas cláusulas ou por mudanças mais amplas nas atitudes políticas e sociais<sup>231</sup>.

<sup>225</sup> Para uma discussão geral, ver, por exemplo, PICCONE, Theodore J. *International Mechanisms for Protecting Democracy*, in HALPERIN, Morton H; GALIC, Mirna. eds. *PROTECTING DEMOCRACY: INTERNATIONAL RESPONSES* 101, 101, 2005.

<sup>226</sup> Carta da Organização dos Estados Americanos, art. 9, Dec. 13, 1951, 119 U.N.T.S. 3.

<sup>227</sup> Carta Democrática Interamericana, art. 19, Sept. 11, 2001, 40 I.L.M. 1289, disponível em: [http://www.oas.org/charter/docs/resolution1\\_en\\_p4.htm](http://www.oas.org/charter/docs/resolution1_en_p4.htm). Observe que a Carta Democrática Interamericana, embora aprovada pela Assembleia Geral da OEA, não é em si um tratado e, portanto, tem um *status* incerto sob o direito internacional. Ver, *e.g.*, Piccone, nota 226, 105 (observando que a Carta não é um tratado, mas “é mais um passo à frente na elaboração de um sistema interamericano para prevenir e responder a falhas na governabilidade democrática”).

<sup>228</sup> Ato Constitutivo da União Africana, art. 30, July 11, 2000, 2158 U.N.T.S. 3.

<sup>229</sup> Programa de Ação da Declaração Commonwealth Harare, art. 3, Nov. 1995, disponível em: <http://www.thecommonwealth.org/Templates/Internal.asp?NodeID=35800>.

<sup>230</sup> Ver CENTER FOR SYSTEMATIC PEACE, POLITY IV: *REGIME AUTHORITY CHARACTERISTICS AND TRANSITIONS DATASETS: COUPS D’ETAT, 1946–2011*. Disponível em: <http://www.systemicpeace.org/inscr/inscr.htm> (observando uma queda constante na frequência de golpes desde a década de 1960).

<sup>231</sup> Para um estudo concluindo que a cláusula africana de fato impediu uma série de golpes, ver POWELL, Jonathan. LASLEY, Trace. *Constitutional Norms and the Decline of the Coup d’Etat: An Empirical Assessment* 19, Paper Presented at the Annual Meeting of the Southern Political Science Association (manuscrito não publicado) (arquivo do autor). Disponível em: [http://citation.allacademic.com/meta/p\\_mla\\_apa\\_research\\_citation/5/4/4/3/0/p544304\\_index.html?phpsessid=995ab0d34f7dde965dabbc7730eдеб67](http://citation.allacademic.com/meta/p_mla_apa_research_citation/5/4/4/3/0/p544304_index.html?phpsessid=995ab0d34f7dde965dabbc7730eдеб67).

Meu ponto aqui é que, por mais eficazes que sejam essas cláusulas para deter ou punir golpes, elas têm aplicabilidade mais difícil contra os tipos de ações constitucionais abusivas pesquisadas na seção 02. O principal motivo para isso é que essas cláusulas geralmente exigem uma ação “inconstitucional” que “interrompa” ou “derrube” um governo ou a ordem democrática. Muitas vezes é possível obter um consenso de que essas condições foram cumpridas com relação a um golpe militar clássico. Mas é muito mais difícil alcançar esse diagnóstico com relação a um governo em exercício que toma medidas constitucionais abusivas para enfraquecer a ordem democrática. Às vezes, essas ações parecerão claramente constitucionais; na maioria dos outros casos, a constitucionalidade é pelo menos ambígua. Além disso, esses tipos de ações governamentais podem não parecer “derrubar” ou “interromper” uma ordem democrática, uma vez que os mesmos titulares tendem a continuar no governo.

Um exemplo recente de prática constitucional abusiva ilumina o ponto: a invocação da cláusula de democracia da OEA em Honduras<sup>232</sup>. O fato esclarecedor sobre o incidente hondurenho envolve dois perigos claros para a democracia: as manobras constitucionais abusivas do então presidente Manuel Zelaya, que procurou se firmar no poder substituindo a constituição existente e buscando remover os limites de sucessão para o próprio mandato, e a remoção militar de Zelaya do poder e do próprio país<sup>233</sup>. Embora apenas a segunda ação (que foi vista pela comunidade internacional como um claro “golpe de Estado”) tenha sido percebida como um perigo para a democracia, não se pode afirmar categoricamente que ela foi a mais significativa das duas ameaças.

Manuel Zelaya foi eleito presidente em 2006 como membro de um dos dois principais partidos do país, mas, durante seu mandato, alienou o partido da oposição e os elementos de seu próprio partido ao seguir uma agenda cada vez mais populista e se voltar para Hugo Chávez, da Venezuela. Zelaya juntou-se às organizações regionais e externas de política econômica criadas por Chávez e criticou os partidos políticos existentes como corruptos e ilegítimos<sup>234</sup>. A acusação era uma realidade na economia empobrecida e altamente desigual de Honduras, mas também começou a distanciar Zelaya de alguns membros de seu próprio

<sup>232</sup> O exemplo hondurenho tem sido amplamente discutido em trabalhos recentes. Ver, *e.g.*, HANDCUFFS, Albert, nota 144, 690-93 (argumentando que a impossibilidade de emenda à proibição da reeleição presidencial contribuiu para a crise); DIXON, Rosalind; JACKSON, Vicki C. *Constitutions Inside Out: Outsider Interventions in Domestic Constitutional Contests*, 48 *WAKE FOREST L. REV.* 149, 159, 2013 (vendo o caso de Honduras como um exemplo do crescente fenômeno da interpretação constitucional extraterritorial). O autor trabalhou como parte de uma equipe de consultores acadêmicos da Comissão da Verdade e Reconciliação de Honduras e avaliou a legalidade das ações do Presidente Zelaya e daqueles que o tiraram do poder. O relatório foi publicado em 2011. Ver Feldman, Landau, Sheppard & Rosa-Suazo, nota 7, 8.

<sup>233</sup> Não pretendo implicar que a cláusula democrática seja o único mecanismo nas Américas destinado a proteger a democracia. Como já foi detalhado em outra parte, o sistema também inclui outros mecanismos, especialmente missões de Observação Eleitoral realizadas com o consentimento dos países. Ver, *e.g.*, PERINA, Ruben M. *The Role of the Organization of American States*, in HALPERIN, Morton H; GALIC, Mirna. eds. *PROTECTING DEMOCRACY: INTERNATIONAL RESPONSES* 127, 145, 2005 (apontando que as missões de observação eleitoral são “uma das atividades principais e mais visíveis” da Unidade para a Promoção da Democracia da OEA). Entretanto, esses mecanismos também costumam ser problemáticos ao lidar com regimes autoritários competitivos. Embora esses regimes possam parecer ter eleições livres e justas no dia da eleição, os governantes dificultam as eleições controlando a mídia, o financiamento eleitoral e outros recursos. Ver LEVITSKY, Steven. WAY, Lucan. *Why Democracy Needs a Level Playing Field*, *J. DEMOCRACY*, p. 58-60. Jan. 2010.

<sup>234</sup> Ver Feldman, Landau, Sheppard & Rosa-Suazo, nota 7, 10 (recontando os esforços de Zelaya para ingressar na Petro Caribe e na Alternativa Bolivariana para os Povos de Nossa América, ambas organizações controladas por Chávez).



partido. Além disso, em 2008, Zelaya começou a tomar medidas para substituir a constituição existente. Seguindo um manual semelhante aos já usados na Venezuela, na Bolívia e no Equador, ele argumentou que o texto existente era desacreditado e obsoleto e, portanto, precisava ser substituído por um atualizado, escrito em uma nova assembleia constituinte<sup>235</sup>. Ele nunca apresentou detalhadamente quais eram seus planos para o novo texto, mas numerosos comentaristas e pessoas ao redor de Zelaya sugeriram que pelo menos um dos principais objetivos da Assembleia seria conceder a Zelaya a possibilidade de concorrer a um segundo mandato<sup>236</sup>.

Como em muitos casos envolvendo constitucionalismo abusivo, a legalidade dos passos seguidos por Zelaya não era clara. O principal problema é que a Constituição hondurenha, como a maioria das constituições, tem dispositivos que regem o processo de emenda, mas não o de substituição da constituição<sup>237</sup>. O texto não discute as condições sob as quais a ordem constitucional hondurenha existente pode ser substituída. Além disso, a Constituição hondurenha contém certos dispositivos que supostamente são inalteráveis por qualquer método (as chamadas “cláusulas pétreas”): um deles limita os presidentes a apenas um mandato<sup>238</sup>. Isso acrescentou uma camada adicional de complexidade porque, mesmo que a substituição em si seja constitucional, é possível que a alteração das suas cláusulas pétreas seja considerada inconstitucional<sup>239</sup>.

De qualquer forma, um tribunal administrativo emitiu uma decisão e várias ordens subsequentes exigindo que Zelaya desistisse de realizar o referendo não vinculante; os recursos interpostos perante a Suprema Corte contra essa ordem não foram bem-sucedidos<sup>240</sup>. Zelaya alegou que essas medidas eram ilegais e prosseguiu com seus planos para um referendo não vinculante. Vários dias antes da realização da votação, seus apoiadores invadiram uma base militar e tomaram cédulas e outros materiais necessários para a realização da votação<sup>241</sup>. A OEA não ameaçou Zelaya com sua cláusula democrática. Em vez

<sup>235</sup> Ver Buscan crear vacío de poder en Honduras, *EL HERALDO* (Hon.) (Jan. 17, 2009), <http://archivo.elheraldo.hn/content/view/full/69737>.

<sup>236</sup> Ver id.

<sup>237</sup> O dispositivo que trata sobre emendas estabelece que elas podem ser realizadas por meio de dois terços dos votos em duas sessões ordinárias consecutivas do Congresso Nacional. Ver CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE HONDURAS (CONST. HOND.), art. 373 (Hond.).

<sup>238</sup> Ver CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE HONDURAS (CONST. HOND.), art. 374 (Hond.) (“O artigo anterior, o presente, os artigos referentes à forma de governo, ao território nacional, ao mandato presidencial e à proibição de ser novamente Presidente da República, no exercício seguinte, qualquer cidadão que já o tenha sido no período atual, a qualquer título, não poderão ser reformados.”); ver também id. art. 239 (“O cidadão que esteve à frente do Poder Executivo não pode ser eleito Presidente ou Vice-Presidente da República. Quem rompe com essa norma ou propõe sua reforma, juntamente com os que o apoiam direta ou indiretamente, será destituído imediatamente do seu cargo e permanecerá inelegível por dez anos para o exercício de qualquer função pública.”).

<sup>239</sup> Além disso, as etapas propostas por Zelaya incluíam poucas garantias de um processo justo. Por exemplo, em vez de a Corte Superior Eleitoral supervisionar o referendo supostamente não vinculante sobre a continuidade da Assembleia Constituinte, como era habitual em todas as eleições nacionais, o decreto de Zelaya pretendia colocar a supervisão nas mãos dos militares e a contagem de votos ficaria nas mãos da agência que conduziu o censo. Ver Feldman, Landau, Sheppard & Rosa-Suazo, nota 7, 32-35.

<sup>240</sup> Ver id., 25-28.

<sup>241</sup> ‘Mel’ empieza a quedarse sin respaldo, *EL HERALDO* (Hon.) June 26, 2009. Disponível em: <http://archivo.elheraldo.hn/content/view/full/156725>.

disso, o Secretário-Geral da Organização concordou - a convite de Zelaya - em enviar uma “Missão de Acompanhamento” para “testemunhar” o dia da votação<sup>242</sup>.

Dois dias antes da votação, na manhã de 28 de junho de 2009, vários membros do alto escalão das Forças Armadas entraram no palácio presidencial e disseram a Zelaya que ele deveria acompanhá-los - ele foi colocado em um avião para a Costa Rica, onde posteriormente deu uma coletiva de imprensa vestido de pijama<sup>243</sup>. Os militares alegaram ter detido Zelaya sob a autoridade de um mandado de prisão emitido pela Suprema Corte, embora a ordem fosse para que se levasse Zelaya para a frente da Corte, não para removê-lo do país<sup>244</sup>. Mais tarde, no mesmo dia, o Congresso se reuniu e, por maioria, retirou Zelaya do seu cargo e nomeou um substituto para o cumprimento do resto do mandato, o então Presidente do Congresso Roberto Michelletti<sup>245</sup>.

A reação internacional à remoção de Zelaya, particularmente por parte da OEA, foi ferozmente negativa. O incidente foi classificado como um “golpe” por praticamente todos na região, e houve uma comoção geral para que Zelaya fosse reintegrado ao seu mandato<sup>246</sup>. Após alguns esforços diplomáticos de curta duração do Secretário-Geral da OEA terem falhado nesse intento, a organização suspendeu Honduras com o uso da cláusula antigolpe a partir do voto favorável dos seus 33 Estados-membro<sup>247</sup>. A resolução se referiu à remoção de Zelaya como um “Golpe de Estado” e constatou que o fenômeno caracterizava uma “interrupção inconstitucional da ordem democrática” sob a cláusula democrática<sup>248</sup>. Muitos países importantes sancionaram Honduras, incluindo cortes de ajuda dos Estados Unidos e da União Europeia<sup>249</sup>. A suspensão não foi levantada até dois anos depois, quando Honduras teve uma eleição intermediária<sup>250</sup>.

<sup>242</sup> Repare que o Secretário-Geral se referiu a esta missão como uma “missão de acompanhamento” e não como uma missão de “observadores eleitorais”. Ver HUMAN RIGHTS FOUNDATION, *THE FACTS AND THE LAW BEHIND THE DEMOCRATIC CRISIS OF HONDURAS, 2009: A CONSTITUTIONAL AND INTERNATIONAL DEMOCRACY LAW ANALYSIS* 109-10, 2010. Disponível em: [http://www.thehrf.com/HRF\\_TheFactsAndTheLaw\\_Honduras2009.pdf](http://www.thehrf.com/HRF_TheFactsAndTheLaw_Honduras2009.pdf).

<sup>243</sup> Michelletti sucede a ‘Mel,’ *LA TRIBUNA* (Hon.) June 29, 2009. Disponível em: <http://old.latribuna.hn/2009/06/29/micheletti-sucede-a-“mel”>.

<sup>244</sup> Ver id.

<sup>245</sup> Essa ação do Congresso foi potencialmente problemática porque a Constituição não continha nenhum dispositivo que permitisse a remoção do presidente ou de outros funcionários pelo Congresso. Somente a Suprema Corte, após julgamento criminal, tinha o poder claro de destituir um presidente. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE HONDURAS (CONST. HOND.), art. 313, cl. 2 (Hon.).

<sup>246</sup> Ver UN Backs Honduras Leader’s Return, *BBC NEWS*. June 30, 2009. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/8127503.stm> (coletando as condenações apresentadas por agências governamentais, pela OEA e pela Assembleia Geral da ONU); ver também INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *HONDURAS: HUMAN RIGHTS AND THE COUP D’ ETAT 1, 2009* (concluindo que os eventos de Honduras constituíram um “golpe”), disponível em: <http://www.cidh.org/pdf%20files/HONDURAS2009ENG.pdf>.

<sup>247</sup> Ver THOMPSON, Ginger. LACEY, Marc. O.A.S. Votes to Suspend Honduras Over Coup, *N.Y. TIMES* July 4, 2009. Disponível em: [http://www.nytimes.com/2009/07/05/world/americas/05honduras.html?pagewanted=all&\\_r=0](http://www.nytimes.com/2009/07/05/world/americas/05honduras.html?pagewanted=all&_r=0).

<sup>248</sup> Ver ORG. AM. STATES, Press Release, Organization of American States, *OAS Suspends Membership of Honduras*. July 5, 2009. Disponível em: [http://www.oas.org/en/media\\_center/press\\_release.asp?sCodigo=E-219/09](http://www.oas.org/en/media_center/press_release.asp?sCodigo=E-219/09).

<sup>249</sup> Ver MEYER, Peter J. CONG. RES. SERV., *HONDURAN-U.S. RELATIONS 16*, 2013. Disponível em: <http://www.fas.org/sgp/crs/row/RL34027.pdf>.

<sup>250</sup> Ver OAS Lifts Honduras Suspension After Zelaya Agreement, *BBC NEWS*, June 1, 2011. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/news/world-latin-america-13622939>.

O incidente em Honduras é ilustrativo por mostrar as fraquezas das cláusulas democráticas quando aplicadas ao constitucionalismo abusivo. A remoção de Zelaya pelos militares desencadeou uma forte resposta sob a cláusula da democracia porque substituiu um governo democrático a partir de uma flagrante violação das normas constitucionais<sup>251</sup>. O caso trouxe de volta memórias dos governos militares das décadas de 1970 e 1980 e, por isso, provocou uma forte reação na região. Por outro lado, as ações de Zelaya foram difíceis de enquadrar na mesma cláusula. A constitucionalidade de muitas de suas ações parecia basear-se em julgamentos constitucionais delicados, mas não havia um único ponto em que a ordem constitucional parecesse ter sido “interrompida” ou “suspensa”.

No entanto, a ameaça de Zelaya à ordem democrática foi bastante séria. Enquanto os militares retiraram-no do poder em óbvia violação das normas constitucionais, não demonstraram interesse em governar e entregaram o poder ao Presidente do Congresso. Zelaya, por outro lado, parecia prestes a tomar medidas unilaterais para substituir a constituição existente contra os desejos dos outros poderes estatais. Embora seus planos concretos para a nova ordem constitucional não fossem claros, havia exemplos óbvios de outras experiências recentes de criação constitucional nos países vizinhos - Venezuela e Equador - de que o processo de substituição poderia ser usado para fortalecer muito o poder do presidente em exercício e fragilizar as instituições concorrentes/fiscalizatórias. A resposta diferencial das instituições regionais internacionais a Zelaya e ao regime que o substituiu não fez sentido do ponto de vista da promoção da democracia<sup>252</sup>.

#### 4.2 Respostas emergentes e propostas no nível internacional: em busca de uma corte constitucional global?

A cláusula democrática pode ser aprimorada ou reescrita para lidar de maneira mais eficaz com práticas constitucionais abusivas ou é possível um regime alternativo mais eficaz? Essas questões são importantes porque determinarão qual o papel do direito internacional na prevenção do surgimento de regimes autoritários competitivos no futuro. Uma resposta completa para essa pergunta demandaria, provavelmente, um novo artigo. Mas posso oferecer algumas sugestões preliminares sobre o caminho que essa melhoria pode seguir.

Uma possibilidade seria aplicar as cláusulas existentes de maneira mais rigorosa para que elas abrangessem não apenas rupturas constitucionais flagrantes, como golpes militares, mas também violações constitucionais mais ambíguas de governos em exercício, como as

---

<sup>251</sup> Poucos atores argumentaram seriamente, por exemplo, que a remoção de Zelaya pelos militares foi baseada na ordem constitucional. No entanto, a legalidade de certas ações em torno da remoção tem sido mais controversa. Vários atores adotaram os dois lados da questão sobre se o Congresso tinha o poder de retirar Zelaya do cargo. Compare Feldman, Landau, Sheppard & Rosa-Suazo, nota 7, 57-61 (concluindo que a tentativa foi inconstitucional), e HUMAN RIGHTS FOUNDATION, nota 243 (idem), com Dixon & Jackson, nota 233, 174-80 (apontando o desacordo nas avaliações da ação do Congresso), e WALSH, Frank M. The Honduran Constitution is not a Suicide Pact: The Legality of Honduran President Manuel Zelaya's Removal, 38 GA. J. INT'L & COMP. L. 339, 2010 (concluindo que o poder de remoção poderia estar implícito nas circunstâncias).

<sup>252</sup> Isso não quer dizer que a OEA não tenha justificativa para sancionar a remoção. Ainda existem boas razões para sancionar intervenções militares na política. Além disso, a ação desestabilizou o país e levou a alguns abusos aos direitos humanos. Ver, *e.g.*, INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, nota 247 (detalhando o uso de estados de exceção e coletando evidências de abusos aos direitos humanos).

realizadas na Venezuela, no Equador e em Honduras<sup>253</sup>. Esse caminho provavelmente seria rejeitado. Muitos atos de constitucionalismo abusivo - por exemplo, na Hungria - parecem seguir inequivocamente as normas constitucionais vigentes. E, para aqueles que são ambíguos, uma declaração de atores internacionais de que a ação era de fato “inconstitucional” exigiria julgamentos constitucionais difíceis e controversos por “forasteiros” da ordem constitucional.

Como Vicki Jackson e Rosalind Dixon argumentaram recentemente, esse tipo de “interpretação constitucional extraterritorial” parece problemática, especialmente quando feita em casos controversos e usada de forma coercitiva<sup>254</sup>. Um bom exemplo é oferecido por eventos recentes no Paraguai, nos quais muitos países latino-americanos sugeriram novamente invocar a cláusula democrática da OEA após o impeachment de um presidente em exercício<sup>255</sup>. O impeachment recebeu o número necessário de votos no Congresso, mas ocorreu com extrema rapidez, levando muitos na comunidade internacional a classificá-lo como um “golpe parlamentar” que não seguiu o requisito do devido processo legal<sup>256</sup>. Mas como a Constituição do Paraguai deixa de especificar que tipo de processo é necessário para o impeachment, ou mesmo se é necessário qualquer devido processo legal, esse julgamento exigiria julgamentos constitucionais delicados por instituições internacionais sem conhecimento particular da Constituição do Paraguai. Parece duvidoso que esses julgamentos sejam viáveis ou desejáveis, sem falar na possibilidade de que tais intervenções sejam tomadas para fins políticos e não com o efeito de melhorar a democracia<sup>257</sup>.

Uma segunda possibilidade seria fornecer “receitas” constitucionais específicas entre os Estados - exigindo, por exemplo, que as constituições incluam certos elementos, como procuradorias, cortes constitucionais etc. Essa concepção “arrojada” de democracia também parece de improvável funcionamento prático. Seria necessário um consenso sobre o desenho constitucional que parece não existir na maior parte do mundo<sup>258</sup>. Mais fundamentalmente, práticas constitucionalistas abusivas podem funcionar construindo constituições que parecem democráticas em suas partes individuais, mas são autoritárias em sua performance geral ou a partir das formas pelas quais as instituições funcionam na prática. Instituições fiscalizatórias, como cortes ou procuradorias, existem em todos esses regimes; elas são simplesmente preenchidas com adeptos do governo ou ficam, de alguma forma, ineficazes. Kim Lane Scheppele recentemente rotulou o novo Estado húngaro de “Frankenstate” - aparentemente

<sup>253</sup> Ver Piccone, nota 226, 122-23 (argumentando que as cláusulas poderiam ser utilizadas para cobrir casos de “erosão democrática” e suas rupturas acentuadas, tais como os golpes).

<sup>254</sup> Ver Dixon & Jackson, nota 233, 154-56 (desenvolvendo o conceito de interpretação constitucional “extraterritorial”).

<sup>255</sup> Ver Paraguay: President Impeached, *N.Y. TIMES*, June 22, 2012. Disponível em: [http://www.nytimes.com/2012/06/22/world/americas/paraguay-president-impeached.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2012/06/22/world/americas/paraguay-president-impeached.html?_r=0).

<sup>256</sup> Ver Lugo Denounces Removal from Paraguay Presidency as Coup, *BBC NEWS*, June 24, 2012. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/news/world-latin-america-18569378>.

<sup>257</sup> Ver SCHNABLY, Stephen. Emerging International Law Constraints on Constitutional Structure and Revision: A Preliminary Appraisal, *62 U. MIAMI L. REV.* 417, p. 479-80, 2008 (observando que as lutas jurídicas internas podem ser “letais” para a democracia, mas expressando dúvidas sobre se a intervenção internacional pode funcionar de maneira produtiva).

<sup>258</sup> Ver Schnably, *Constitutionalism*, note 20, 198 (argumentando que “[o] desenho constitucional é muito fluido, muito vinculado à própria história, cultura, política e economia de cada país” para possibilitar um consenso mais amplo sobre democracia nas Américas).

democrático em seus detalhes individuais, mas com um efeito geral monstruoso<sup>259</sup>. Uma ordem constitucional pode ser facilmente desenhada para cumprir a agenda de órgãos fiscalizatórios e constituir, na prática, um regime autoritário.

Uma terceira possibilidade, potencialmente a mais eficaz, pode estar se desenvolvendo a partir da atual confusão húngara. A União Europeia, como observado na seção 02, apresentou uma resposta lenta e parcialmente ineficaz na Hungria. Embora os Estados devam passar por revisões rigorosas de sua ordem institucional para serem admitidos na União, uma vez admitidos, eles não estão mais sujeitos a esse tipo de revisão “dura”<sup>260</sup>. Como resposta, a União teve que montar um conjunto de ferramentas, como ações de infração perante o Tribunal de Justiça Europeu, entidade criada para outro fim. Mas agora os europeus estão pensando em elaborar outra instituição que realizaria revisões periódicas “duras” da ordem constitucional de todos os seus Estados para garantir que eles realmente funcionem como democracias liberais<sup>261</sup>. Estados que não atingirem as diretrizes estariam sujeitos a ações adversas da União. Teoricamente, tal abordagem deve ser superior às outras duas na detecção do constitucionalismo abusivo porque permite espaço para exatamente os tipos de análises complexas necessárias para identificá-lo e tratá-lo. Ainda assim, não está claro se existe um consenso para criar essa instituição na União Europeia; as perspectivas em outras regiões são muito mais sombrias no curto prazo.

A mais ousada de todas as propostas é o recente apelo por uma Corte Constitucional Internacional<sup>262</sup>. No meio dos complexos avanços e retrocessos democráticos da Primavera Árabe, o Presidente interino da Tunísia, Moncef Marzouki, argumentou que tal órgão seria útil precisamente como proteção contra o constitucionalismo abusivo. Como ele declarou em seu discurso na Assembleia Geral da ONU, “as ditaduras atribuem a si próprias uma ‘falsa legalidade’ organizando eleições fraudulentas e usando princípios democráticos para minar a própria democracia”<sup>263</sup>. A Corte teria poderes para combater esses abusos, por exemplo, “denunciando certas constituições ou cartas ilegais ou eleições ilegais ou fraudulentas”<sup>264</sup>.

Essa proposta é provocativa e potencialmente importante para iniciar um diálogo produtivo em nível internacional. A análise realizada neste artigo sugere questões importantes. Qual legislação seria aplicável a essa corte? Por um lado, parece não haver um corpo de direito internacional desenvolvido sobre o assunto, e o surgimento de um consenso suficientemente amplo sobre o conteúdo das instituições democráticas ainda está muito distante, mesmo na maioria das regiões. Por outro lado, se o tribunal fosse encarregado principalmente de aplicar a lei doméstica do Estado em questão, então levantaria os mesmos

<sup>259</sup> Ver SCHEPPELE, Kim Lane. Not Your Father’s Authoritarianism: The Creation of the “Frankenstate,” *EPS NEWSLETTER* (Am. Political Sci. Ass’n, European Politics & Soc’y Section), Winter 2013, 5.

<sup>260</sup> As revisões iniciais são chamadas de Critérios de Copenhague. Ver ECONOMIC ACCESSION CRITERIA, [http://ec.europa.eu/economy\\_finance/international/enlargement/criteria/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/economy_finance/international/enlargement/criteria/index_en.htm).

<sup>261</sup> Ver Scheppele, nota 260, 8. Observe que a Comissão de Veneza periodicamente oferece opiniões sobre vários aspectos das ordens legais e constitucionais dos Estados da Europa Oriental e emitiu numerosas consultas sobre a nova ordem constitucional húngara. Ver notas 77–80 e textos que as acompanham. Mas as opiniões da Comissão não têm efeito legal e fazem parte do sistema do Conselho da Europa (que inclui a Corte Europeia de Direitos Humanos), mas não da União Europeia.

<sup>262</sup> Ver, e.g., Institute for Democracy and Electoral Assistance, *International Constitutional Court Proposed to Protect Democracy*, May 4, 2013. Disponível em: <http://www.idea.int/wana/international-constitutional-court-proposed-to-protect-democracy.cfm> (introduzindo e avaliando a ideia).

<sup>263</sup> U.N. GAOR, 67th Sess., 12th, 13th, & 14th mtgs. Sept. 27, 2012. Disponível em: <http://www.un.org/News/Press/docs/2012/ga11295.doc.htm>.

<sup>264</sup> Id.

problemas enfrentados pelas cláusulas democráticas. Atos de constitucionalismo abusivo não violam flagrantemente o texto constitucional, e os organismos internacionais têm legitimidade suspeita para realizar interpretações finais de pontos ambíguos de uma ordem constitucional doméstica<sup>265</sup>. Portanto, é provável que tal corte seja capaz de eliminar violações flagrantes da ordem constitucional - eleições malfeitas, por exemplo -, mas não lidar com os atos mais sutis de constitucionalismo abusivo apontados nesta pesquisa.

Por último, uma comissão ou um órgão similar pode ser a forma institucional mais apropriada para esse desafio ao invés de um tribunal. A tarefa premente não é determinar se uma ação específica é legal ou ilegal dentro da ordem constitucional doméstica, ou mesmo se um tipo específico de instituição - como uma corte constitucional ou uma comissão eleitoral imparcial - está presente ou ausente nessa ordem. Em vez disso, é determinar se a ordem como um todo cumpre certos princípios básicos que a tornam adequadamente democrática e se um determinado episódio de mudança política ou constitucional tornou o regime marcadamente menos democrático do que era anteriormente. Esta é uma tarefa que pode ser concebida por um equivalente global da Comissão de Veneza, com um conjunto de *soft norms*, sendo difícil enxergar como isso poderia ser realizado por uma Corte Constitucional Internacional<sup>266</sup>.

## ■ CONCLUSÃO: UMA AGENDA IMPOSSÍVEL PARA A TEORIA CONSTITUCIONAL?

Meu principal objetivo neste artigo foi conceitual e descritivo. Argumentei que o enfraquecimento da democracia através do uso das ferramentas de mudança constitucional provavelmente será cada vez mais comum no futuro e que temos poucas respostas adequadas para isso no direito comparado e internacional.

A próxima pergunta é óbvia: podemos desenvolver mecanismos mais eficazes nos níveis doméstico ou internacional? Uma resposta honesta deve expressar algum reconhecimento da dificuldade da tarefa. Como os exemplos aqui mostraram, práticas constitucionais abusivas podem prosseguir através de uma variedade de rotas diferentes para alcançar os mesmos objetivos - a substituição constitucional pode ser usada se as tentativas de emenda forem frustradas, e os pretensos autoritários podem minar várias instituições diferentes, de maneiras distintas, para atingir seus objetivos. O caso húngaro é talvez o melhor exemplo desse problema de fungibilidade: o Fidesz alterou e depois substituiu a Constituição, além de ter utilizado múltiplas técnicas diferentes, constitucionais e legais, para desgastar ou impedir a capacidade fiscalizatória das instituições e fortalecer o seu próprio poder<sup>267</sup>. Por exemplo, o Fidesz deteriorou a autonomia e a independência do Judiciário alterando a jurisdição da Corte Constitucional, aumentando o seu tamanho e nomeando para o órgão pessoas simpáticas ao governo, modificando a idade da aposentadoria dos seus juízes e

<sup>265</sup> Ver Dixon & Jackson, nota 233, 174 (observando uma série de potenciais “riscos negativos” na prática da “interpretação constitucional extraterritorial”).

<sup>266</sup> Ver textos que acompanham as notas 259–261 (discutindo a possível criação de uma instituição na Europa para realizar revisões periódicas das ordens democráticas dos estados europeus, na esteira dos problemas na Hungria).

<sup>267</sup> Ver textos acompanhando as notas 73-76.

controlando a instituição com poder sobre nomeações judiciais ordinárias<sup>268</sup>. Encontrar respostas efetivas para esse tipo de comprometimento estrutural é uma tarefa complexa.

Ainda assim, a importância da prática do constitucionalismo abusivo pode ajudar a reorientar algumas das principais questões do campo constitucional. Por exemplo, recentes pesquisas financiadas com bolsas de estudo concentraram-se amplamente em políticas multiétnicas, as quais são vistas com maior probabilidade de enfrentar uma variedade de males, incluindo a violência e a derrubada democrática<sup>269</sup>. Mas o problema do constitucionalismo abusivo parece mais provável de surgir em políticas relativamente homogêneas, nas quais a contagem de votos tende a ser mais instável e os partidos políticos geralmente menos enraizados<sup>270</sup>. O problema do constitucionalismo abusivo sugere, assim, uma ampla agenda sobre o desenho das instituições e das eleições para acadêmicos que trabalham em Estados relativamente homogêneos.

Ademais, o problema do constitucionalismo abusivo reforça um ponto-chave: as regras formais incorporadas nas constituições costumam ser surpreendentemente fracas, e até mesmo as regras fortes podem ser capturadas em um número surpreendentemente alto de circunstâncias. O truque, é claro, é preservar o constitucionalismo diante dessa realidade. Em parte, as respostas a esse desafio estão na construção de um sistema formal mais complexo de mudança constitucional: é isso que as emendas ou as cláusulas de substituição constitucional fazem. Mas talvez a solução esteja mais significativamente no desenvolvimento de uma concepção diferente de constitucionalismo. A doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais, e talvez as respostas europeias emergentes à Hungria, sugerem uma concepção mais substantiva de constitucionalismo - uma que afirma que uma constituição não é realmente constitucional a menos que efetivamente funcione de certas maneiras e adote determinados princípios fundamentais. A forma emergente dessas doutrinas e a distribuição de autoridade entre intérpretes domésticos e internacionais serão o foco principal do “diálogo global” de juízes e estudiosos constitucionais nos próximos anos.

---

<sup>268</sup> Ver textos acompanhando as notas 77-79.

<sup>269</sup> Para uma importante e recente contribuição, ver, em geral, *CONSTITUTIONAL DESIGN IN DIVIDED SOCIETIES: INTEGRATION OR ACCOMMODATION?* (Sujit Choudry ed., 2008) (contendo uma série de ensaios com diferentes modelos para acomodar a diferença dentro das ordens constitucionais).

<sup>270</sup> Por outro lado, o voto em países multiétnicos costuma ser muito estável, visto que os interesses políticos se desintegram de maneira relativamente rígida em termos étnicos. Ver HOROWITZ, nota 174, 196 (observando que os resultados políticos nas sociedades multiétnicas podem parecer um “censo”).