

# **SALVAR E ROBUSTECER A *DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL EM PERÍODO DE TEMPESTADE*<sup>1</sup>.**

*Clèmerson Merlin Clève*

*Prof. Tit. Dr. das Faculdade de Direito da UFPR e da UniBrasil.*

## **I – INTRODUÇÃO AO TEMA**

O tema a ser debatido é relevantíssimo nesta altura da história brasileira, tão importante como no momento em que, saídos da ditadura militar, discutíamos a elaboração de uma nova Constituição. O título da intervenção poderia, em situações normais, sugerir um objeto sem delimitação definida, genérico, despido de maior urgência. Ocorre exatamente o contrário neste período de tempestade que estamos a experimentar.

Falar, hoje, de democracia constitucional deixa de ser um assunto de especialistas, de professores, de doutrinadores, de advogados, de políticos e de juízes. Trata-se, agora, de um tema de todos, supondo uma discussão que atravessa a sociedade e preocupa a cidadania deste país continental.

A propósito, duas situações preocupam:

- (i) A Lei Fundamental está sendo testada, diante da tensão ocorrente na arena política, dos sucessivos ensaios autoritários do Executivo, das violações à cláusula constitucional da separação dos poderes e dos direitos fundamentais de grupos

---

<sup>1</sup> Roteiro para a exposição realizada no VII Congresso Brasileiro de Direito Eleitoral, organizado pelos IPRADE e IBRADE, no painel Constituição e Democracia, integrado pelo autor, pelo Ministro Nelson Jobim e pela professora Ana Paula de Barcellos.

vulneráveis com o desmantelamento das agências responsáveis pela sua satisfação.

- (ii) A democracia também está sendo testada e cumpre trabalhar pela sua resiliência num tempo de viragem dos humores políticos e do crescimento de experiências iliberais em muitos países (Polônia, Hungria, Turquia) ou do crescimento das escolhas eleitorais populistas em lugares inimagináveis como os Estados Unidos.

Há uma ampla literatura demonstrando que o processo de esgarçamento, sufocamento e amesquinamento das democracias não se opera mais através de golpes clássicos, com o uso da força, mas por meio da erosão contínua dos seus pilares de sustentação.

Por outro lado, emerge, no mundo político, uma situação de estranhamento entre representados e representantes, sobretudo nos parlamentos, o que contribui para que a cidadania não reconheça nos mandatários eleitos personagens autênticos que expressam a sua voz. É perigosa a ideia de que todo político é um estranho, um ser distante, alguém que cuida apenas dos seus próprios interesses.

Por fim, há a questão do falseamento da vontade popular, como vimos na eleição de Trump e do Brexit, através do recolhimento e manejo de dados pessoais, pelas grandes companhias de tecnologia do mundo, para o convencimento dos indecisos. Como combater os disparos em massa, muitas vezes carregadas de informações falseadas ou contaminadas pelo ódio e rancor, que interferem na formação da vontade popular, quebrando o princípio da igualdade de chances e deturpando o sentido do processo eleitoral?

É importante, então, nesta quadra da vida nacional, adotar medidas para (i) salvar e outras para (ii) robustecer a democracia constitucional.

## **II – CONCEITOS DE DEMOCRACIA E MULTIPLICIDADE DE SOLUÇÕES IMAGINADAS.**

São inúmeras as propostas conceituais da democracia, algumas mais exigentes, outras menos. Estas, em geral tributárias do liberalismo, na linha dos pensamentos de Popper e Schumpeter, tratam-na como um meio para um fim. As mais exigentes associam a democracia com a ideia de igualdade, não simplesmente de chances, mas já de posições, com uma arena rigorosa de deliberação em busca do consenso ou, numa linha republicana clássica, com o debate honesto entre cidadãos virtuosos. Noutra trilha, Hannah Arendt, dialogando com a experiência clássica dos gregos e com a lição aristotélica, toma a democracia com um fim em si mesmo. O espaço público é o lugar próprio do cidadão, que não pode ficar prisioneiro dos seus interesses egoístas, onde é rei, devendo, antes, contribuir para a felicidade pública, apresentando-se na Ágora como um simples cidadão que deve, no debate público, argumentar para convencer.

Fala-se em democracia liberal, democracia pluralista, democracia inclusiva, democracia social, democracia deliberativa ... O que importa para nós, nesta altura, é a democracia constitucional, o modelo adotado pelo Constituinte brasileiro, herdeiro dos pensamentos republicano e, sobretudo, liberal e, nesta latitude, reduzir o conceito à sua essência última para abraçar as ideias de periodicidade dos mandatos, mudança dos governos por meio de processos pacíficos e igualdade de chances na disputa política. Com isso em mira, cabe falar, com modéstia, do que pode ser acordado por gente com diferentes olhares, doutrinas ou ideologias, de algo que pode ser colocado na mesa e convergir para compor uma agenda comum de trabalho. As soluções encaminhadas, adiante, portanto, são triviais, oportunas, limitadas e apenas suficientes para atravessar a tempestade e ensaiar o primeiro passo no sentido de robustecer a democracia.

### **III – SALVAR A DEMOCRACIA**

A Constituição vige por mais de trinta anos e as instituições estão mostrando resiliência. Nenhuma Carta brasileira, autoritária ou democrática, depois da república velha, vigorou por tanto tempo. Este é um bom sinal. Sob a sua égide, o país testemunhou dois *impeachments* que culminaram com o afastamento de dois presidentes da república e,

apesar do trauma experimentado, sobretudo na segunda oportunidade, o regime resistiu.

Experimenta-se, agora, um governo de direita que amesquinha os direitos fundamentais, que se omite diante do direito fundamental à vida em plena época de pandemia, implicando um mar sem fim de mortes evitáveis, que agride os grupos vulneráveis, é cúmplice de disparos em massa de *fake news*, consente com as mensagens autoritárias e a disseminação dos discursos de ódio pelos seus grupos de apoio, reivindicando o fechamento do Supremo Tribunal Federal ou do Congresso Nacional. Um governo que propõe uma reinterpretação oportunista do art. 142 da CF autorizadora de uma fantasiosa intervenção militar nos negócios do Estado, elabora dossiês contra adversários, trata os opositores como inimigos que merecem aniquilamento e, mais, que, segundo noticiou a revista Piauí, pretendeu, efetivamente, uma ou outra vez, promover um golpe para implantar um regime de exceção, e que, finalmente, promove publicamente a defesa de torturadores e do regime militar.

Este é o momento, portanto, de provocar a sociedade civil, os movimentos sociais, a imprensa, a OAB e a ABI para a resistência. Da mesma forma os governadores de boa vontade. Ora, na federação, as coletividades federadas também integram o desenho da divisão do poder, divisão espacial no caso, de modo a atuar seja como simples esfera de exercício de competência territorial, seja também como dimensão política de controle ou vigilância de outras manifestações do poder.

A oposição, a minoria, no Congresso Nacional, também atua em defesa da democracia e da Constituição, fazendo uso da palavra, ampliando o alcance da voz por meio da imprensa ou das redes sociais, aproximando a ação política dos movimentos sociais, articulando entre os pares o bloqueio de medidas do Executivo inconstitucionais ou regressivas, inclusive com a aprovação de expedientes como a anulação de decretos regulamentares e a derrubada de vetos apostos pelo presidente. Os partidos minoritários oferecem resistência, ainda, requisitando informações, postulando a instauração de CPIs ou aforando, perante a Suprema Corte, medidas de controle abstrato de normas ou da omissão inconstitucional de providências reivindicadas pela Lei Fundamental.

Finalmente, o Supremo Tribunal Federal tem atuado como verdadeiro contrapoder, fulminando medidas violadoras de direitos fundamentais, agressoras do princípio da moralidade ou vulneradoras do discurso normativo plasmado na Constituição. A decisão que reconheceu a competência concorrente das coletividades federadas para a implementação de medidas contra a pandemia, a despeito da vontade centralizadora da União, o que implicaria o perigoso fortalecimento da autoridade presidencial, colocando em risco a saúde coletiva e o interesse público, foi uma delas. Mas há muitas mais.

É oportuno lembrar da instauração de dois inquéritos, um deles bastante polêmico. O inquérito que investiga atividades antidemocráticas praticadas por grupos de apoio com a cumplicidade do presidente da república, e o instaurado pela própria Corte, com fundamento em interpretação especiosa e contestada do seu regimento interno, sendo relator em ambos os casos o Ministro Alexandre de Moraes, para investigar as Fake News e as ameaças contra a Corte, os ministros e as suas famílias. A verdade é que as duas investigações, com as providências cautelares deferidas, foram suficientes para a diminuição do quadro de tensão no qual vivíamos, culminando, inclusive, com a decretação de medidas de busca e apreensão contra pessoas exercendo funções no Palácio do Planalto.

A Justiça Eleitoral também tem um papel a cumprir. Primeiro, gerindo com eficiência o processo eleitoral e, depois, atuando contenciosamente de modo adequado, proporcional, respeitando os direitos fundamentais, admitindo certa dose de modéstia, despindo-se do paternalismo injustificável ou do moralismo castrador da dinâmica necessária do mercado das ideias no período legal das campanhas pela conquista do eleitor.

No processo eleitoral, para garantir a igualdade de chances, nesta sociedade técnica e de massas, importa, por outro lado, controlar o manejo malicioso dos meios tecnológicos fraudadores do processo de escolha e deliberação. Entre garantir a liberdade no mercado de ideias e censurar os abusos inaceitáveis, no exercício desta sensível tarefa, caminha a justiça eleitoral no fio da navalha. Aplicar a judiciosamente a lei, na hipótese, não constitui tarefa para amadores. O direito eleitoral, portanto, se sofisticou.

É importante verificar, neste quadro, se outras instituições ou autoridades foram, de alguma maneira perdidas, em função dos mecanismos da cooptação ou de captura. Refiro-me, particularmente, à procuradoria geral da república e à direção da polícia federal, instituições de estado que não deveriam ficar à disposição dos desejos momentâneos dos governos de passagem. Diga-se, todavia, que as chefias não são as instituições e isto é suficiente para a preservação de uma réstia de esperança.

Mediante a atuação dos contrapoderes, o objetivo comum, reitera-se, é salvar a democracia, fazer a longa caminhada até 2022, impedir quaisquer medidas tendentes ao seu enfraquecimento, como aquelas que possam facilitar a reeleição, impor condições violadoras da igualdade de chances no processo eleitoral, cooptar ou capturar as instituições para a obtenção de vantagem eleitoral, alterar a Lei Fundamental para permitir mais de uma reeleição, convocar Constituinte ou processo de revisão constitucional num período trágico de regresso da história e de fortalecimento de doutrinas iliberais, em síntese, reproduzir aqui o que já foi tentado na Colômbia (mais de uma reeleição) e rejeitado pela Corte Constitucional ou o que foi feito com sucesso no Equador, na Venezuela ou na Turquia.

O desafio é, repito, salvar a democracia. O dever de todo cidadão, e particularmente dos operadores do direito e agentes públicos, nos tempos que correm, é o de, em circunstância de risco, manter a vigilância e agir politicamente para a preservação daquilo que já conquistamos, por mais imperfeitas que sejam as nossas instituições.

#### **IV – ROBUSTECER A DEMOCRACIA**

A segunda tarefa é fortalecer a nossa democracia. O robustecimento da democracia pede a implementação de algumas medidas que, bem negociadas, podem entrar na agenda pública. São, neste particular, propostas úteis e, ao mesmo tempo, modestas. Não falamos, aqui, de justiça política, do ideal, mas apenas do possível no horizonte temporal nos quais residimos. Está-se a falar, nesta oportunidade, da busca de solução para as (i) crises recorrentes do presidencialismo brasileiro e, por outro lado, (ii) para o déficit de legitimidade da representação política.

## A. TRATANDO DAS CRISES RECORRENTES

O primeiro desafio é de atenuar o hiperpresidencialismo. O presidencialismo brasileiro é bastante diferente do seu congênere americano. Se é verdade que lá, também, está cada vez mais forte, em virtude da reinterpretação de cláusulas constitucionais e dos poderes incorporados em tempo de guerra ou de combate ao terrorismo, ele, mesmo assim, não se compara ao brasileiro. Os secretários, autoridades auxiliares do presidente que nós chamamos ministros, tem os seus nomes aprovados pelo senado; não há leis de iniciativa exclusiva do presidente e, em relação ao orçamento, cabe ao Congresso decidir a respeito. Nós temos um hiperpresidente, com poderes para fazer o bem e o mal, mais o mal do que o bem, mas que, diante da fragmentação do sistema partidário, paga um alto custo para governar, carecendo negociar caso a caso com os partidos ou com os parlamentares para aprovar, no Legislativo, os projetos que encaminha, algo muito distinto do que ocorre na república do hemisfério norte, onde as cadeiras senatoriais e da câmara dos representantes são divididas entre dois partidos. Fala-se, portanto, em presidencialismo de coalizão, que não constitui mal nenhum em si, não fora a sua versão negativa, o presidencialismo de cooptação ou a primitiva, o presidencialismo de colisão.

Ao mesmo tempo, fracassada a coalizão que permite governar, emergem crises políticas periódicas, cujos remédios cobram um altíssimo custo para a nação. Ou o país vai à ruína, ou o presidente renuncia, ou ocorre um golpe, ou se busca o *impeachment*, um caminho demorado, complexo e por demais oneroso. Na circunstância, não há possibilidade do manejo dos mecanismos de solução mais singela próprios do parlamentarismo, como a convocação antecipada de eleições, a aprovação de moção de censura ou a formação de um novo governo.

É neste quadro, por exemplo, que várias autoridades e doutrinadores, brasileiros e estrangeiros, propõem a adoção do parlamentarismo entre nós. O último a tratar do assunto foi o constitucionalista americano Bruce Ackerman, que defende para o Brasil, com os olhos voltados para 2023, a convocação de uma nova constituinte que culmine com a adoção do parlamentarismo. Isto, segundo o jurista estadunidense, poderia impedir a

eleição de presidentes radicais de esquerda ou direita. Em adequado contraste, vários artigos foram publicados por juristas brasileiros demonstrando o risco, neste momento, de convocar uma constituinte e afirmando que o melhor, nesta altura, é cumprir, efetivar a Constituição, mesmo com os defeitos que ela ostenta neste ou naquele capítulo.

Outros, como os Ministros Barroso e Gilmar Mendes advogam a adoção, certamente no momento propício, do semipresidencialismo mais na linha do praticado em Portugal do que na França onde, ao contrário do português, o presidente, fator de desgaste e crises, preside o conselho de ministros e não o primeiro-ministro. Em ambos os casos há uma divisão de tarefas entre o chefe de estado e o chefe do governo. A eleição direta para a chefia do estado e as tarefas a cumprir apartam as experiências semipresidencial e parlamentarista. No caso português, o presidente eleito diretamente pelo voto popular, forma o governo e, depois, sobre o exercício de funções protocolares, acompanha o trabalho governamental, sem dele diretamente participar, zelando, ademais, pelo cumprimento da Constituição. Cuida de questões permanentes e não sofre com as questões conjunturais, momentâneas, temporárias, preservando a sua autoridade nos períodos de crises emergentes para assegurar a continuidade do Estado, do regime e o cumprimento da normatividade constitucional.

Eu, particularmente, sou simpático à adoção do semipresidencialismo, inclusive porque ele é compatível com a luta do povo brasileiro pela eleição direta para presidente e com o resultado do plebiscito no qual o povo brasileiro escolheu, certamente em função da possibilidade da eleição direta, o presidencialismo. Mas a adoção do semipresidencialismo não é suficiente para resolver a questão da governabilidade. É por isso que Jorge Reis Novais, um dos grandes constitucionalistas portugueses, diz que o semipresidencialismo, sobre o qual escreveu uma importante obra em dois volumes, isoladamente não solucionaria o problema nacional que decorre primeiramente da disfunção do quadro partidário. A questão antecedente, portanto, é a revisão do regime dos partidos políticos. A fragmentação, a falta de representatividade, a inautenticidade, a frágil lealdade entre os seus membros e mandatários, tudo isso compromete a credibilidade das agremiações políticas. Seria, certamente, o caso de ter menos partidos, mas partidos mais sólidos, representativos, verdadeiros canais de expressão da voz de amplos setores da população.



Entra aqui a assim chamada cláusula de barreira. O Supremo Tribunal Federal, e isso é reconhecido, entre tantos, pelos Ministros Nelson Jobim e Gilmar Mendes, incorreu em grave erro ao declarar por unanimidade (ADIs 1351 e 1354 aforadas pelo PCdoB e pelo PSC) a inconstitucionalidade da cláusula de barreira instituída pela Lei dos Partidos Políticos (Lei 9096/95), trazendo, como efeito colateral, a proliferação das agremiações partidárias. Estímulo em análoga direção veio com a possibilidade das coligações para a disputa de eleições proporcionais, o que, felizmente, foi depois proibido pela EC 97/2017. Por fim, do julgamento que tratou da fidelidade partidária, implicando perda do mandato para o infiel, exceto para a criação de partido novo, também resultou o aumento descomunal de novos partidos. As decisões trazem consequências que precisam ser verificadas no âmbito do estudo da prognose. Se é verdade que os tribunais devem decidir por princípios e não por valores, levando em conta os dispositivos normativos e não as consequências da decisão, não é menos certo que, na aplicação dos princípios, as consequências, embora não determinantes, também merecem ser estimadas. Não se trata de pragmatismo, mas de mero mapeamento do universo no qual incidirá a adjudicação. Felizmente, a situação parece ter sido resolvida, em parte, com a aprovação, pela EC 97/2017, da exigência de satisfação de certas condições para o acesso aos recursos do fundo partidário e ao tempo gratuito para propaganda de rádio e televisão, o que significa de certo modo o renascimento, entre nós, da cláusula de desempenho.

Os partidos precisam ser autênticos, verdadeiros, portas abertas para a participação da cidadania, e não meros instrumentos de acomodação dos interesses das oligarquias que os comandam. É preciso, também, haver um mínimo de lealdade e de fidelidade aos ideais partidários, sem contar o fato de que os partidos devem ser claramente distinguidos uns dos outros. Temos, sim, alguns com essas características. Falo do PSOL, do PCdoB, do Novo. Os demais, no geral, são constelações de interesses associados, meros instrumentos de acesso ao poder ou ao dinheiro do fundo partidário. Como ocorre em outros países, o robustecimento do processo democrático e a solução das recorrentes crises do presidencialismo brasileiro dependem da funcionalidade, do fortalecimento e da estabilidade do sistema partidário.

## **B. TRATANDO DO DÉFICIT DE LEGITIMIDADE**

São as seguintes as soluções propostas para o problema da deficiência de legitimidade da representação que podem alcançar a adesão necessária para ingresso na arena pública de debate.

### **Primeira**

É necessário adequar a proporcionalidade na representação dos Estados na Câmara dos Deputados. Sim, é difícil. Os Estados resistirão. Mas é preciso reconhecer que temos hoje uma definição artificial e injusta, concebida durante o regime militar. Temos, diante da previsão constitucional de um mínimo de oito e um máximo de 70 representantes por Estado, um problema de sub-representação de populações inteiras e de super representação de outras. Isso claramente afeta a democracia. As agendas das sociedades mais simples super representadas se superpõem àquelas das coletividades mais complexas, urbanas, causando estranhamento, distanciamento e déficit de representação quando considerado o país por inteiro. Ora, os Estados já são representados de modo igual no Senado. Robert Dahal, num célebre livro, reportando-se à representação igual dos Estados no Senado, punha em dúvida o caráter democrático da Constituição estadunidense. O que ele não perguntaria aqui, entre nós, quando a Câmara dos Deputados apresenta uma composição inadequada para a autêntica e fiel representação da população brasileira?

### **Segunda**

Ao mesmo tempo, é importante trocar, para a composição da Câmara dos Deputados, o sistema proporcional pelo distrital misto, sendo eleitos pelo sistema majoritário os candidatos que concorrem às vagas dos distritos eleitorais, enquanto as demais são preenchidas pelo sistema proporcional com, é o que sugiro, lista fechada. O sistema distrital puro é, na verdade, mais simples, mais compreensível para o povo brasileiro que, acostumado com as eleições para o Executivo nas três esferas da federação e para o Senado, entende mais facilmente quem é o ganhador e como o jogo é

jogado. Ele permite, além disso, uma vinculação mais sólida entre o mandatário eleito e os representados, facilitando inclusive a adoção do *recall*. Claro que a lei de Maurice Duverger deve ser considerada. O sistema distrital tende para o bipartidarismo, o que pode significar o aniquilamento dos pequenos partidos, inclusive os autênticos e ideológicos, o que constituiria uma lástima. Mas nenhum sistema está livre de efeitos colaterais. Todos apresentam vantagens e desvantagens que precisam ser sopesados. Diante disso, defende-se levar para a arena pública o debate a propósito da adoção, entre nós, como na Alemanha, do sistema distrital misto o que constituiria um considerável avanço.

### **Terceira**

O país reclama, por outro lado, a ampliação das técnicas de democracia direta, sobretudo no âmbito local, como ocorre em outros países. Lembro aqui de Portugal com as freguesias e as reuniões de vizinhos e os Estados Unidos com as consultas que acompanham as eleições. Falo, também, de *recall*, de iniciativa legislativa e de postulações revocatórias. Enfatizo o âmbito local, eventualmente o regional, porque, segundo a advertência de Dominique Rousseau, há inconvenientes nos plebiscitos e referendos nacionais. Se no âmbito local devem constituir uma prática frequente, corriqueira, no plano nacional merecem ser manejados com significativa cautela e de modo espaçado para sinalizar a gravidade das deliberações e evitar o populismo, a formação de maiorias eventuais e instáveis, a captura dos instrumentos pelos demagogos, o irracionalismo e a consequente discussão emocional sobre temas complexos e sensíveis que podem trazer consequências negativas para a nação e para os próprios eleitores, como é o caso do Brexit ou da aprovação de novas constituições ou reformas constitucionais propostas por governos iliberais no auge de sua popularidade.

### **Quarta**

Temos, por fim, um outro problema urgente e sério que compromete o processo democrático, a ideia de representação e a igualdade. Eu me refiro à presença insignificante dos grupos minoritários entre os mandatários eleitos. Falo mesmo daqueles que, paradoxalmente, formam

a maioria da população, como os negros e as mulheres. Penso que a solução adequada não é a reserva de vagas nas casas legislativas. Mas, sim, a adoção de medidas de estímulo e de suporte para diminuir esta discrepância abissal. O Congresso Nacional e o Tribunal Superior Eleitoral ao dar efetividade às medidas legislativas aprovadas pelo primeiro, estão caminhando na direção correta quando criam incentivos para a presença das mulheres na disputa partidária, com determinação de percentual mínimo de candidaturas femininas, dotando-as de condições efetivas de disputa decorrentes do acesso aos recursos do partido e espaço no rádio e na televisão para a campanha. Não se tratam, afinal, as candidaturas femininas, de meras formalidades. E o mesmo, doravante, deve ser defendido em relação aos negros que, conformando a maioria da população brasileira, continuam sem presença adequada nos cargos do Poder Executivo ou Legislativo. Os nossos parlamentos, nos âmbitos federal, regional e local, não retratam, por isso, a geografia humana do Brasil, de modo que os negros e as mulheres não se sentem efetivamente representados nas várias instâncias de decisão política.

## V – CONCLUSÃO

Estes, em síntese, são os pontos mais urgentes, as propostas essenciais que ora são sintetizados para possibilitar a união dos diferentes pensamentos voltados à constituição de uma vontade nacional. Creio que estas medidas, entre (i) **salvar** e (ii) **robustecer a democracia**, constituem um bom começo para, formando um consenso, constando da agenda pública de debates, proporcionar uma maior aproximação entre representados e representantes, diminuindo o déficit de legitimidade dos decisores e o distanciamento dos eleitores que culminam em desinteresse, inércia e abstenção. Importa atravessar a selvageria e o populismo grosseiro, superar o jogo duro (*play hard*), repelir as consequências do ódio discursivo, retomar o que a civilização ensinou ao jogo político (*fair play*) e recobrar a fé e a esperança num mundo melhor, num Brasil de todos, uma verdadeira associação política formada por cidadãos e cidadãos livres e iguais. Dizia Gilberto Amado num livro clássico (*Eleição e Representação*), referindo-se a dois momentos da história

brasileira, que antes tínhamos eleições fraudadas e representação verdadeira e, depois, passamos a contar com eleições verdadeiras e representação fraudada. Ora, precisamos das duas coisas ao mesmo tempo: eleições verdadeiras e representação autêntica. Trabalhem para isso.