

DO CONSTITUCIONALISMO AO CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO: O RISCO DA DESCONSTRUÇÃO DOS VALORES CONSTITUCIONAIS

FROM CONSTITUTIONALISM TO ABUSIVE CONSTITUTIONALISM: THE RISK OF THE DECONSTRUCTION OF CONSTITUTIONAL VALUES

Fernando Sérgio Tenório de Amorim¹

José Marques de Vasconcelos Filho²

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3857-6040>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0341-5845>

Submissão: 01/12/2025

Aprovação: 23/02/2026

RESUMO:

O presente artigo apresenta a construção histórica do Constitucionalismo e das suas nuances, onde seus valores construídos ao longo do tempo, foram importantes para um ideal constitucional com a limitação do poder do Estado e do reconhecimento dos direitos fundamentais, passando por alguns momentos de deturpação e, pós Segunda Guerra Mundial, de reinvenção. Além, de apresentar o Constitucionalismo Abusivo, como uma modalidade presente no contexto contemporâneo, colocando em risco as conquistas realizadas pelo Constitucionalismo Moderno.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo. Neoconstitucionalismo. Constitucionalismo Abusivo.

¹ Doutor em Direito pela UFPE. Pós-doutor em Direito pela Université de Montréal, CA. Coordenador do Mestrado em Direito do Centro Universitário CESMAC. Professor do PPGD da UFPE. E-mail: fernando.amorim@cesmac.edu.br - Ark:/80372/2596/v17/013

² Mestre em Direito pelo Centro Universitário CESMAC. Professor de Direito da UniNassau e FASVIPA. Advogado. Email: josemarquesjhs@hotmail.com - Ark:/80372/2596/v17/013

ABSTRACT:

This article presents the historical development of Constitutionalism and its nuances, highlighting how the values built over time were essential for shaping a constitutional ideal based on the limitation of State power and the recognition of fundamental rights. It also addresses periods of distortion and, after World War II, a phase of reinvention. Furthermore, it introduces Abusive Constitutionalism as a contemporary phenomenon that threatens the achievements of Modern Constitutionalism.

KEY WORDS: Constitutionalism. Neoconstitutionalism. Abusive Constitutionalism.

1. INTRODUÇÃO

O fenômeno do Constitucionalismo como consequência da vivência humana pela busca de poder conduzir os rumos do contexto em que vive, seja como indivíduo, seja como sujeito inserido numa coletividade, demonstra ser um valor vivo nos povos e que com o passar do tempo vai sendo aplicado a partir das necessidades do tempo e espaço.

No primeiro momento o Constitucionalismo Moderno, parte de uma perspectiva liberal, na busca pela limitação do poder do Estado ao reconhecer direitos individuais e liberdades públicas, ou seja, os direitos de primeira dimensão, tendo o seu auge com a Revolução Francesa e a derrubada do absolutismo no séc. XVIII.

Passando por vários contextos, realidades e culturas, cada povo foi concretizando o seu Constitucionalismo, a sua história de conquistas e reconhecimento diante de diversas adversidades e governos arbitrários e autoritários.

Nesse contexto vimos, pós Segunda Guerra Mundial, devido as atrocidades cometidas e a sua justificativa sob o pálio das leis, a necessidade de mudança de paradigma onde o Estado de Direito fosse além das limitações ao poder do Estado e do reconhecimento de direitos fundamentais, para uma fase pós-positivista e de concretização dos direitos reconhecidos nas Constituições dos Estados.

O neoconstitucionalismo traz essa nova visão do que foi consagrado pelo Constitucionalismo Moderno, partindo da necessidade de maior e real efetivação dos princípios constitucionais, do aumento da jurisdição constitucional e da aplicação de uma nova hermenêutica constitucional.

O neoconstitucionalismo não é o limite do pensamento constitucional, podendo outras formas de pensar o constitucionalismo surgirem, a partir da realidade e necessidade de um povo, como já dito, porém, essas novas vertentes podem apresentar um desvirtuamento da natureza do movimento e ser aplicado para restringir direitos, ampliar o poder do Estado concentrado num líder populista e diminuir a democracia, através de mecanismos legais e constitucionais.

Nesse sentido, o primeiro capítulo deste artigo, irá apresentar brevemente os principais pontos na evolução histórica do Constitucionalismo e de como a luta por maior reconhecimento dos direitos individuais formou um ideal que pautou outros movimentos pelo mundo.

No segundo capítulo, irá se deter na forma com que as conquistas do Constitucionalismo Moderno foram deturpadas, criando a necessidade de uma nova visão sobre o movimento, surgindo o neoconstitucionalismo e o que decorre dele.

No terceiro e último capítulo, será abordado o Constitucionalismo Abusivo, movimento que utiliza dos mecanismos constitucionais para modificar a Constituição e debilitar a democracia, para se ter um governo autoritário, porém, com roupagem democrática.

A metodologia utilizada neste artigo consiste em uma pesquisa de natureza teórica, orientada pelo método dedutivo e desenvolvida por meio da técnica da pesquisa bibliográfica, reunindo as posições doutrinárias mais relevantes sobre o tema.

2. DA CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO CONSTITUCIONALISMO

Quando adentramos nos estudos do constitucionalismo, em especial o moderno, ficamos diante de marcos civilizatórios da humanidade, onde as pessoas buscam os seus lugares como agentes transformadores da realidade que vivem, claro, respeitados os diversos períodos da história e de como se compreendiam como tal.

O ministro Luís Roberto Barroso, em síntese, retrata esses marcos do processo civilizatório e que é algo em constante evolução, uma história sem fim. (2017). Ensina o constitucionalista que

No princípio era a força. Cada um por si. Depois vieram a família, as tribos, a sociedade primitiva. Os mitos e os

deuses – múltiplos, ameaçadores, vingativos. Os líderes religiosos tornam-se chefes absolutos. Antiguidade profunda, pré-bíblica, época de sacrifícios humanos, guerras, perseguições, escravidão. Na noite dos tempos, acendem-se as primeiras luzes: surgem as leis, inicialmente morais, depois jurídicas. Regras de conduta que reprimem os instintos, a barbárie, disciplinam as relações interpessoais e, claro, protegem a propriedade. (BARROSO, 2017, p.29).

Os movimentos constitucionais, como prefere chamar o professor J. J. Gomes Canotilho (2003), apontando que não existe somente um constitucionalismo, mas vários como o inglês e o francês, por exemplo, são frutos dessas buscas por maior participação na vida pública, pelo reconhecimento e respeito aos direitos individuais, ou seja, a busca pela limitação do poder do Estado e seus governantes.

O professor português Canotilho, vai definir o constitucionalismo como sendo “a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade.” (2003, p.51)

Já para Luís Roberto Barroso, “constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei.” (2017, p.31) De forma semelhante também assevera o professor Gustavo Calçado (2019, p.6), ao definir o constitucionalismo como “resultado da mobilização social tendente ao reconhecimento de valores fundamentais, limitadores ao poder Estatal, positivando-os em textos jurídicos.”

Podemos citar ainda o Karl Loewenstein, em sua obra clássica *Teoría de la Constitución*, apresenta um panorama sobre o constitucionalismo e as suas nuances na busca pela limitação do poder estatal exercido pelos governantes, dizendo que

La historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así como ele esfuerzo de establecer una justificación espiritual, moral o ética de la autoridad, en lugar del sometimiento

ciego a la facilidad de la autoridad existente. (1970, p.150)

Temos inúmeras definições do que é o constitucionalismo na doutrina, porém, tomemos por base as apresentadas e assim, podemos compreender que constitucionalismo é o movimento que envolve fatores múltiplos cujo objetivo é a limitação do poder do Estado para resguardar direitos individuais.

Podemos encontrar inclinações equivalentes ao constitucionalismo já na antiguidade, e aqui faremos referência a Grécia, em especial a cidade-estado de Atenas, cidade que respirava conhecimento e erudição, onde os filósofos encontravam um campo fértil para suas atividades. Aqui temos a aurora da democracia, que é ponto crucial para compreensão do constitucionalismo abusivo.

A palavra democracia significa *poder do povo*, nesse regime as pessoas participam das tomadas das decisões públicas, no caso de Atenas, diretamente, limitando dessa forma o poder do estado. Importante frisar, que na democracia ateniense nem todos podiam participar do debate na *ágora*, tínhamos os excluídos, como bem aponta o professor Renato Janine Ribeiro, “em meio aos elogios dos modernos à democracia ateniense, uma crítica reponta: ela negava participação na *ágora* às mulheres, aos menores de idade, aos escravos e estrangeiros.” (2013, p.6)

A premissa maior da democracia era a liberdade, o que era motivo de orgulho para os gregos, pois esse era um fator de distinção para com outros povos, o que passava longe de ser uma distinção racial, mas sim, uma distinção cultural e de língua. (RIBEIRO, 2013)

Uma importante distinção entre a visão de participação popular na Grécia antiga e do constitucionalismo moderno, será a finalidade de busca pelo bem comum e da valorização do indivíduo, como bem pontua Daniel Sarmiento e Claudio de Souza Pereira Neto ao ensinarem que

[...] A liberdade, no pensamento grego, cingia-se ao direito de tomar parte nas deliberações públicas da cidade-Estado, não envolvendo qualquer pretensão à não interferência estatal na esfera pessoal. Não se cogitava na proteção de direitos individuais contra os governantes,

pois se partia da premissa de que as pessoas deveriam servir à comunidade política, não lhe podendo antepor direitos de qualquer natureza. (2019, p.70-71)

Temos muitos outros exemplos na antiguidade de movimentos que levavam de alguma forma a limitação do poder do governante, como o povo hebreu com os profetas e os romanos com a república, por exemplo, porém, precisamos avançar e citar um marco do constitucionalismo, na Idade Média, com a Magna Carta de 1215 na Inglaterra, documento assinado pelo Rei João Sem Terra, limitando o seu poder em respeito a alguns direitos dos barões.

O professor Fábio Konder Comparato, fala sobre a importância da assinatura da Magna Carta e o germe da democracia moderna que ali despontava, dizendo que

“[...] a Magna Carta deixa implícito pela primeira vez, na história política medieval, que o rei se acha naturalmente vinculado pelas próprias leis que edita. [...] Graças a essa primeira limitação institucional dos poderes do rei, pode-se dizer que a democracia moderna desponta em embrião nesse documento do século XIII.” (2015, p.91-92)

Saindo da Idade Média e entrando na Idade Moderna aqui teremos a consolidação do Estado, das monarquias inspiradas pelo Divino e de documentos que reforçam ainda mais a limitação do poder do governante, como a *Petition of Rights*, de 1628 e a *Bill of Rights*, de 1689, na Inglaterra. Será nesse período histórico que teremos o surgimento do constitucionalismo moderno, que tem como finalidade a limitação do poder do Estado e o respeito aos direitos individuais.

Os professores Daniel Sarmiento e Claudio de Souza Pereira Neto vão além e apontarão três pilares do constitucionalismo moderno:

O constitucionalismo moderno se assenta em três pilares: a contenção do poder dos governantes, por meio da separação de poderes; a garantia de direitos individuais concebidos como direitos negativos oponíveis ao Estado;

e a necessidade de legitimação do governo pelo consentimento dos governados, pela via da democracia representativa. (2019, p.74)

Além do constitucionalismo inglês, com a Magna Carta, *Petition of Rights*, Revolução Gloriosa e a *Bill of Rights*, outros dois movimentos constitucionalistas tiveram grande influência e inspiraram outros movimentos no mundo, são eles: o norte-americano e o francês.

A revolução norte-americana trará um dos principais marcos do constitucionalismo, a elaboração de uma Constituição escrita, como lei suprema. “De modo distinto dos ingleses, no entanto, os americanos difundiram a idéia da constituição como lei escrita superior, acima do governo e das demais leis, inclusive acima do legislativo.” (BERCOVICI, 2013, p.121)

A Constituição norte-americana nasce sem uma declaração de direitos e garantias fundamentais, o que viria ser incluída alguns anos depois, será sob a seu pálio que teremos o julgamento do famoso caso *Marbury vs. Madison*, onde a supremacia da Constituição sobre outras leis e demais atos normativos, será reconhecida através do controle de constitucionalidade realizado pela Suprema Corte.

Temos no constitucionalismo norte-americano um grande passo para superação da monarquia, do desenvolvimento da separação dos poderes, do Estado de Direito e dos valores democráticos, sendo os Estados Unidos considerado uma das democracias contemporâneas mais consolidadas no mundo.

A primeira Constituição escrita do mundo moderno passou a ser o marco simbólico da conclusão da Revolução Americana em seu tríplice conteúdo: a) independência das colônias; b) superação do modelo monárquico; c) implantação de um governo constitucional, fundado na separação de Poderes, na igualdade e na supremacia da lei (rule of law). (BARROSO, 2017, p.43).

Do constitucionalismo francês destaco a Revolução Francesa, que teve influência do constitucionalismo norte-americano, com seu lema liberdade, igualdade e fraternidade, pôs fim ao *Ancien Régime* e ao absolutismo, que teve seu ápice com Luís XIV, o rei Sol. O constitucionalista Luís Roberto Barroso, comenta sobre a força transformadora e arrebatadora não só para a França, mas também, para outros países, ao apontar que

mais que um evento simbólico com seu próprio enredo, a Revolução Francesa desempenhou um papel simbólico arrebatador no imaginário dos povos da Europa e do mundo que vivia sob sua influência, no final do século XVIII. [...] Olhada a distância, depurada do aparente fracasso e de sua circularidade, foi a Revolução Francesa, com seu caráter universal, que incendiou o mundo e mudou a face do Estado – convertido de absolutista em liberal – e da sociedade, não mais feudal e aristocrática, mas burguesa. (2017, p.51).

Na França tínhamos bem dividido o seguimento social, entre o Primeiro Estado, formado pelo clero, o Segundo Estado, formado pelos nobres, e o Terceiro Estado, composto pela burguesia e trabalhadores, como bem ensina o Fábio Konder Comparato ao dizer que quem compunha o Terceiro Estado eram

[...] todos aqueles que, excluídos da nobreza e do clero, não gozavam dos privilégios ligados a estas duas ordens superiores. O Tiers Etat era, na verdade, um aglomerado social heterogêneo, formado de um lado pela classe burguesa: o conjunto dos comerciantes de todos os ramos, os profissionais liberais e os proprietários urbanos que viviam de renda ou de juros (rentiers et capitalistes). Era formado, ademais, pelo enorme grupo social restante, geralmente designado como o povo (le peuple), isto é, a massa dos não proprietários, dos pequenos artesãos,

empregados domésticos, operários e camponeses. (2015, p.154).

A contribuição do movimento constitucionalista francês foi grande, os ideais iluministas da Revolução Francesa influenciaram povos não só da Europa, mas na América também, como o Brasil. Tanto a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, como a Constituição de 1971 representaram definitivamente o fim do *Ancien Régime* e um novo momento para a limitação do poder dos governantes e reconhecimento de direitos individuais, além de direitos humanos de caráter de direitos de segunda dimensão. (COMPARATO, 2015)

Nesse primeiro momento do constitucionalismo vemos as conquistas dos direitos de primeira dimensão, os direitos de liberdades públicas e individuais, constando como limitações objetivas e negativas a atuação do Estado, que agora detém de limitação imposta pela lei.

Com o passar do tempo, novas necessidades de salvaguarda e garantia de direitos vão surgindo, apontando para alguns que abusaram da sua liberdade e detendo de poder econômico, violaram a liberdade daqueles que não tinham força para negociar suas relações de trabalho, por exemplo. Em decorrência de péssimas condições de trabalho, o Estado será chamado para atuar de forma positiva, dentro dos limites constitucionais. Os direitos de segunda dimensão darão essa característica prestacionista ao Estado.

Além dessas mudanças de paradigmas, ou melhor de acréscimos, outro fator vai cada vez mais sendo incorporado ao pensamento constitucional de limitação do poder e de participação popular: a democracia. E nessa relação constitucionalismo e democracia, Barroso faz uma distinção apontando que

Constitucionalismo e democracia são conceitos que se aproximam, frequentemente se superpõem, mas que não se confundem. Eventualmente, pode haver até mesmo tensão entre eles. Constitucionalismo traduz, como visto, limitação do poder e Estado de direito. Democracia identifica, de modo simplista, soberania popular e governo da maioria. Pois bem: a Constituição se impõe, muitas vezes, como instrumento de preservação de

determinados valores e de proteção das minorias, inclusive, e sobretudo, em face das maiorias e do seu poder de manipulação do processo político. (2017, p.31)

Um fato histórico irá mudar a visão sobre o constitucionalismo, o Estado de Direito e a necessidade de garantia e efetivação dos direitos fundamentais positivados, o pós Segunda Guerra Mundial, onde atrocidades foram cometidas e para evitar que os mesmos erros fossem repetidos, uma nova perspectiva constitucional surgiria.

3. NEOCONSTITUCIONALISMO

O Constitucionalismo Moderno ocupou um bom período de destaque na história sendo adotado em muitos lugares como um arquétipo jurídico, com base na limitação poder com Estado de Direito, separação dos Poderes e salvaguarda dos direitos fundamentais.

Com o passar do tempo, boa parte dos que defendiam o Constitucionalismo Moderno passou a desconectar o Direito da Moral, tendo como base o positivismo, que pensava o Direito como algo puro, livre de ideologia, política e outras realidades que lhe pudessem contaminar. Ou seja, o Direito por si só, se basta, limitando-se a norma. Como bem lembra Barroso, ao ensinar que “O positivismo jurídico aplica os fundamentos do positivismo filosófico no mundo do Direito, na pretensão de criar uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais” (2017, p. 275)

Já Daniel Sarmiento e Claudio Pereira de Souza Neto, apresentam a abrangência do positivismo ao buscar a neutralidade, desconsiderando valores que levassem a uma visão crítica das instituições:

No final do século XIX e início do século XX, forma-se uma teoria do Estado com enfoque especificamente jurídico, buscando definir o fenômeno estatal de forma neutra, sem enveredar em juízos de valor. O objeto da teoria do Estado era, naquele contexto de virada do século, classificar e catalogar as instituições políticas,

sem ingressar na reflexão crítica sobre suas características e funcionamento. (2019, p.200)

Importante apresentar as características do positivismo jurídico na sua versão normativista, são elas: a) uma forte proximidade do Direito com a norma; b) o Direito é uno e fruto do Estado; c) o Direito tem respostas e mecanismos para qualquer situação; d) independente do conteúdo, a validade da norma decorre do formalismo. (BARROSO, 2017)

A decadência do positivismo normativista vem com o fim da Segunda Guerra Mundial, onde as inúmeras atrocidades cometidas nesse período, como o holocausto, tinham como base a legislação e a obediência aos mandos das autoridades. Os nazistas chegaram ao poder pelos meios constitucionais e utilizaram da lei para concretização dos seus planos nefastos de exclusão, discriminação e genocídio.

Com a superação do positivismo, um novo pensamento filosófico encontra espaço, o pós-positivismo, afastando o pensamento de pureza do Direito e o aproximando duma relação axiológica. Segundo Barroso:

O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem algumas ideias de justiça além da lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica. (2017, p.278)

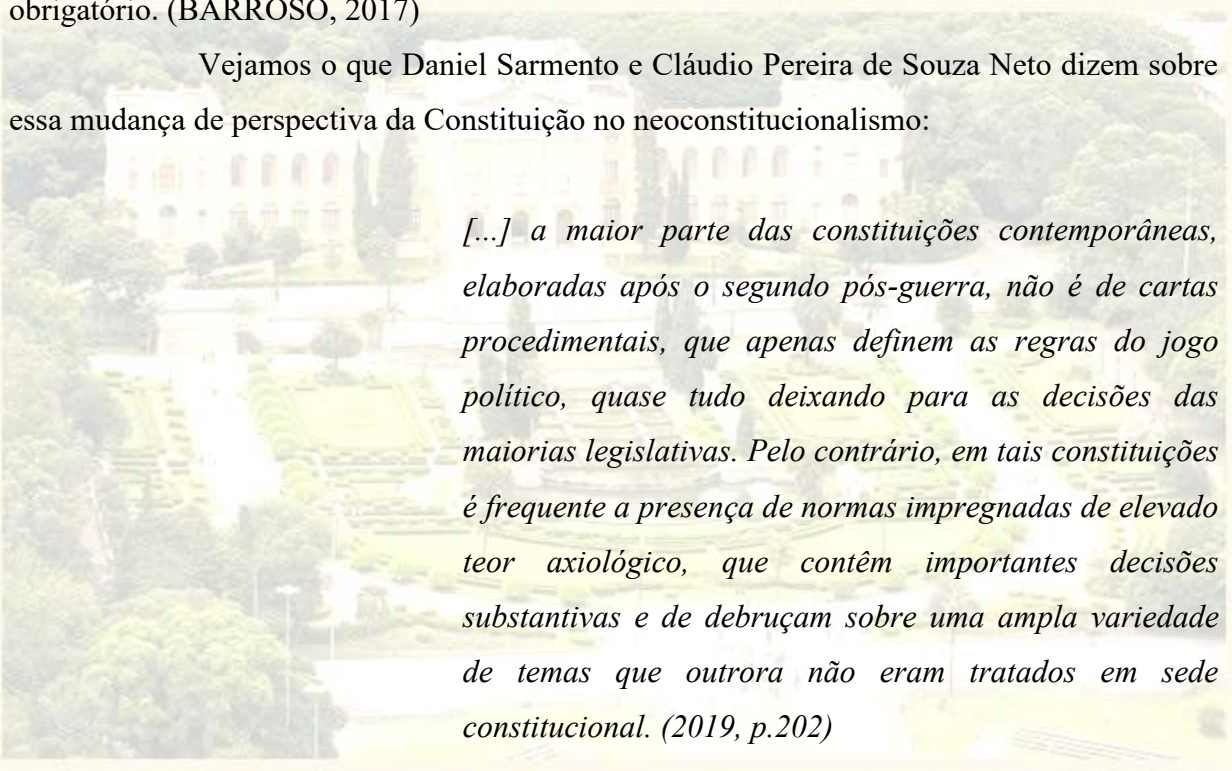
O Direito passa a ter um novo paradigma, que é a dignidade como mola propulsora, como bem ensina Eduardo Cambi:

A dignidade da pessoa humana passa a ser o núcleo axiológico da tutela jurídica, não se restringindo ao vínculo entre governantes e governados, mas se estendendo para toda e qualquer relação, mesmo entre dois sujeitos privados, em que, pela manifestação do poder, uma destas pessoas tivesse seus direitos violados ou ameaçados de lesão. (2008, p.96)

Estamos diante de um novo cenário do constitucionalismo, que no primeiro momento conquistou a limitação do poder e que agora vai além, reconhecendo a força normativa da Constituição, buscando a efetivação dos princípios constitucionais, aumentando a jurisdição constitucional e aplicando novas formas de interpretação do texto constitucional, chegamos ao neoconstitucionalismo.

A Constituição, dentro do neoconstitucionalismo, passa a ter *status* de norma jurídica, o que antes prevalecia a visão da Constituição como documento político, que cumpria a missão de delimitar as competências, abrangência e a separação dos Poderes, agora passa a ter sua força normativa reconhecida e conseqüentemente seu caráter vinculativo e obrigatório. (BARROSO, 2017)

Vejamos o que Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto dizem sobre essa mudança de perspectiva da Constituição no neoconstitucionalismo:



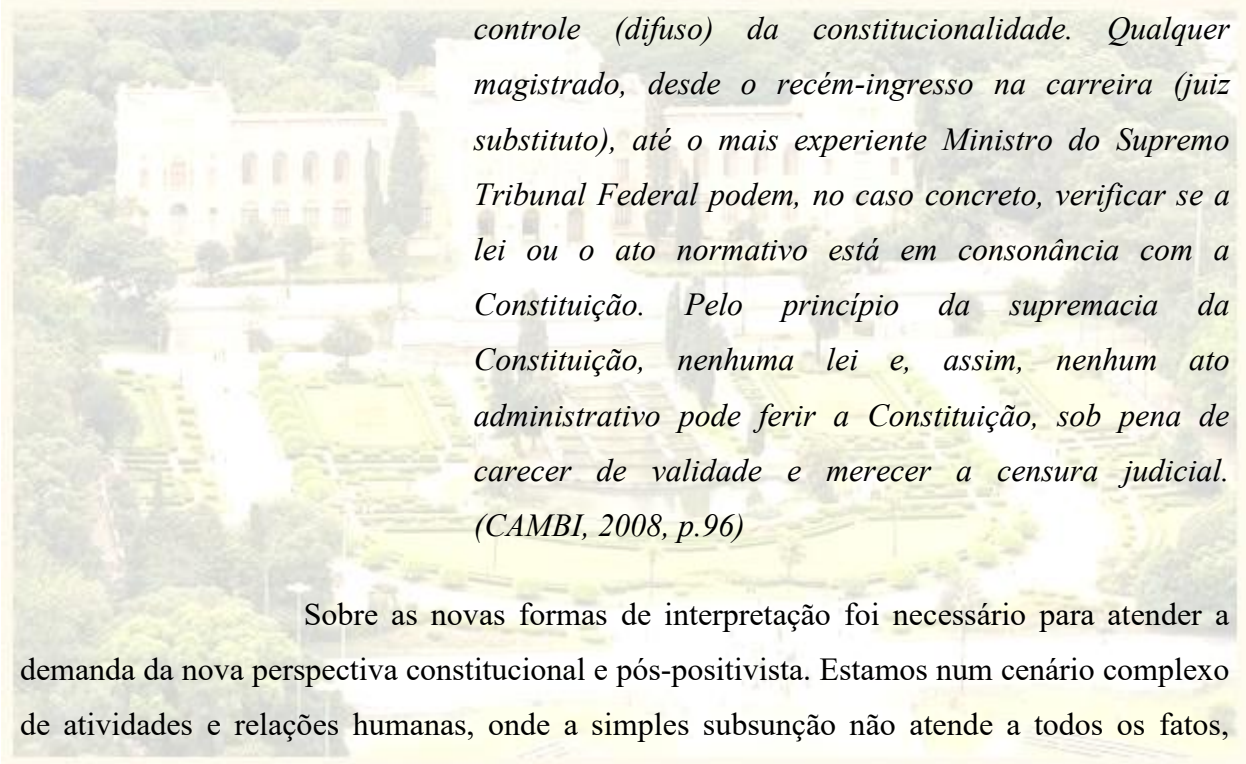
[...] a maior parte das constituições contemporâneas, elaboradas após o segundo pós-guerra, não é de cartas procedimentais, que apenas definem as regras do jogo político, quase tudo deixando para as decisões das maiorias legislativas. Pelo contrário, em tais constituições é frequente a presença de normas impregnadas de elevado teor axiológico, que contêm importantes decisões substantivas e de debruçam sobre uma ampla variedade de temas que outrora não eram tratados em sede constitucional. (2019, p.202)

Um ponto importante dessa evolução da Constituição é a eficácia dos princípios constitucionais, que antes eram considerados instrumentos interpretativos e agora detentores de força normativa, além de irradiarem seus efeitos em todo ordenamento jurídico, onde a interpretação da norma infraconstitucional deve ser feita a partir da lente da Constituição e todos seus elementos valorativos.

Quanto à expansão da jurisdição constitucional, também fruto do neoconstitucionalismo, temos uma mudança significativa onde na Europa tínhamos o modelo da supremacia do Poder Legislativo, do Parlamento, na Inglaterra, e da lei como manifestação

da vontade do povo, na França, agora temos uma nova perspectiva constitucional, com o ideal da supremacia da Constituição, de experiência norte-americana. (BARROSO, 2017)

A consequência dessa expansão da jurisdição constitucional é a adoção por muitos do controle de constitucionalidade e a criação de tribunais constitucionais em diversos países da Europa. No Brasil, adotamos o controle de constitucionalidade desde a primeira Constituição republicana de 1891, sendo a atual Constituição Federal de 1988, a mais completa de mecanismos de controle.



O Poder Judiciário brasileiro, conforme já referido, desde a Constituição Republicana de 1891, pode realizar o controle (difuso) da constitucionalidade. Qualquer magistrado, desde o recém-ingresso na carreira (juiz substituto), até o mais experiente Ministro do Supremo Tribunal Federal podem, no caso concreto, verificar se a lei ou o ato normativo está em consonância com a Constituição. Pelo princípio da supremacia da Constituição, nenhuma lei e, assim, nenhum ato administrativo pode ferir a Constituição, sob pena de carecer de validade e merecer a censura judicial. (CAMBI, 2008, p.96)

Sobre as novas formas de interpretação foi necessário para atender a demanda da nova perspectiva constitucional e pós-positivista. Estamos num cenário complexo de atividades e relações humanas, onde a simples subsunção não atende a todos os fatos, como por exemplo o conflito entre direitos fundamentais. Como lembra Luís Roberto Barroso, ao dizer que “A nova interpretação constitucional surge para atender as demandas de uma sociedade que se tornou bem mais complexa e plural.” (2018, p.36)

Barroso (2018, p.35-36) ainda apresenta três mudanças de paradigma que afetaram a interpretação constitucional no Brasil, sendo, i) a superação do formalismo jurídico, ii) o advento de uma cultura jurídica pós-positivista, e iii) a ascensão do direito público e centralidade da constituição. Como isso a forma como se interpretava a Constituição mudou, não cabe mais utilizar das mesmas fórmulas de hermenêutica tradicional para uma compreensão real e concreta do texto constitucional. Como assevera Daniel Sarmiento e Claudio Pereira de Souza Neto:

A necessidade de resolver tensões entre princípios constitucionais colidentes – constante em constituições compromissórias, marcadas pelo pluralismo axiológico – deu espaço ao desenvolvimento da técnica da ponderação, e tornou frequente o recurso ao princípio da proporcionalidade na esfera judicial. E a busca de legitimidade para essas decisões, no marco de sociedade plurais e complexas, impulsionou o desenvolvimento de diversas teorias da argumentação jurídica, que incorporaram ao Direito elementos que o positivismo clássico costumava desprezar, como considerações de natureza moral, ou relacionadas ao campo empírico subjacente às normas. (2019, p.203)

Estamos diante de uma vertente que não descarta o que foi conquistado pelo Constitucionalismo Moderno, pelo contrário, acrescenta novos contornos e apresenta novas formas para efetivar os direitos e garantias conquistados ao longo da história jurídica. O neoconstitucionalismo é uma evolução do modelo jurídico, que não é perfeito, mas que apresenta as respostas necessárias para as demandas do momento atual que nos encontramos. Como bem expõe Barroso:

Mas a verdade é que, independentemente dos rótulos, não é possível ignorar a revolução profunda e silenciosa ocorrida no direito contemporâneo, que já não se assenta em um modelo de regras e de subsunção, nem na tentativa de ocultar o papel criativo de juízes e tribunais. Tão intenso foi o ímpeto das transformações que tem sido necessário, reavivar as virtudes da moderação e da mediania, em busca de equilíbrio entre valores tradicionais e novas concepções. (2017, p.304)

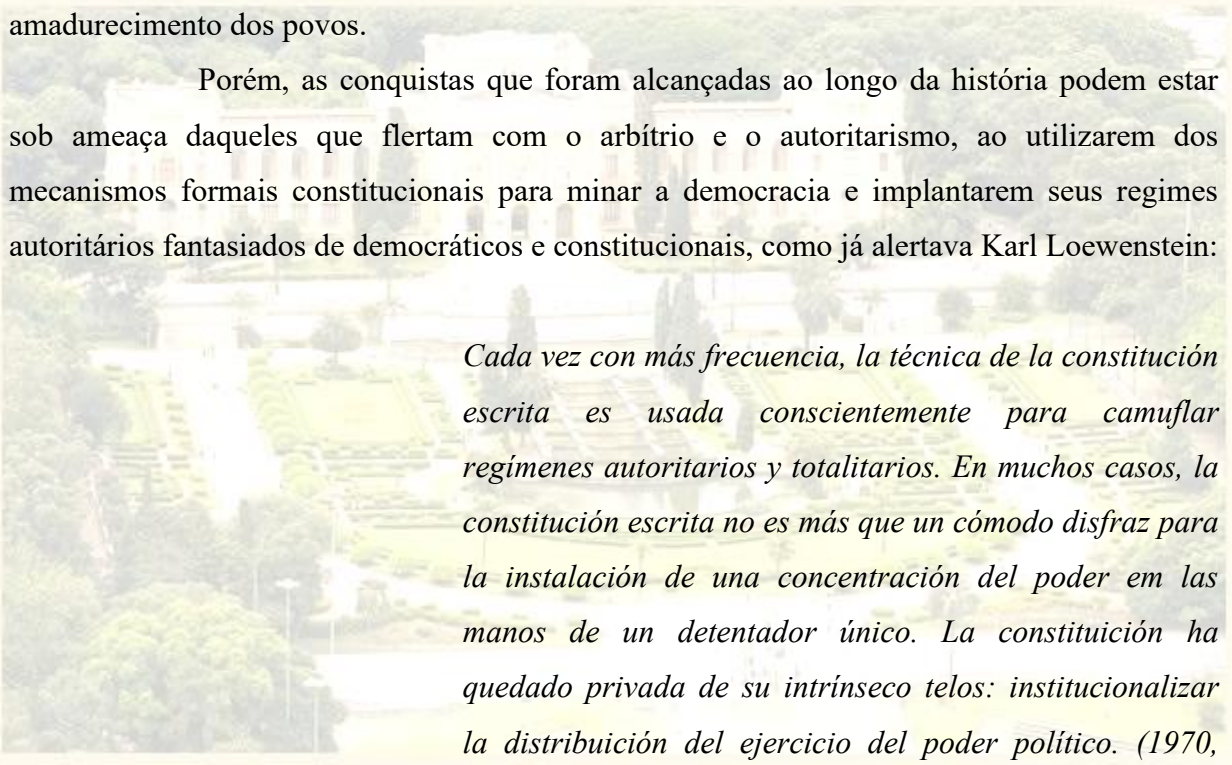
O fenômeno do constitucionalismo, como se percebe no que foi apresentado, está em constante transformações, apresentando novas formas de compreender e aplicar o Direito. Através disso, novos modelos de constitucionalismo podem surgir e acrescentar boas concepções e alguns podem desvirtuar o processo e minar conquistas importantes para a vida

enquanto indivíduos e partícipes da vida pública, como é o caso do constitucionalismo abusivo.

4. CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO

O Constitucionalismo não é algo estático, e sim, um movimento vivo que vai ganhando novos contornos e possibilidades ditadas pelos povos a partir das suas necessidades no tempo e espaço. A busca pela manutenção da limitação do poder do Estado e do reconhecimento, garantia e efetivação dos direitos fundamentais é uma constante do amadurecimento dos povos.

Porém, as conquistas que foram alcançadas ao longo da história podem estar sob ameaça daqueles que flertam com o arbítrio e o autoritarismo, ao utilizarem dos mecanismos formais constitucionais para minar a democracia e implantarem seus regimes autoritários fantasiados de democráticos e constitucionais, como já alertava Karl Loewenstein:



Cada vez con más frecuencia, la técnica de la constitución escrita es usada conscientemente para camuflar regímenes autoritarios y totalitarios. En muchos casos, la constitución escrita no es más que un cómodo disfraz para la instalación de una concentración del poder em las manos de un detentador único. La constitución ha quedado privada de su intrínseco telos: institucionalizar la distribución del ejercicio del poder político. (1970, p.213-214)

Karl Loewenstein já chamava atenção, lá atrás, para movimentos autoritários que utilizariam dos mecanismos legais para exercerem as arbitrariedades sob o pálio da constitucionalidade. O professor David Landau (2020), vai apresentar uma nova modalidade de constitucionalismo, onde se utilizam de mecanismos constitucionais para diminuir o espaço democrático e cada vez mais o autoritarismo predominar.

Estamos diante o Constitucionalismo Abusivo, que segundo David Landau “envolve o uso dos mecanismos de mudança constitucional - emenda constitucional e substituição constitucional - para minar a democracia”. (LANDAU, 2020, p.18) O autor ainda

alerta para o desuso das práticas tradicionais de tomada de poder, onde o golpe militar, por exemplo, já não é mais tão utilizado, predominando a manipulação dos mecanismos constitucionais para implementação de governos autoritários.

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. (LANDAU, 2020, p.18).

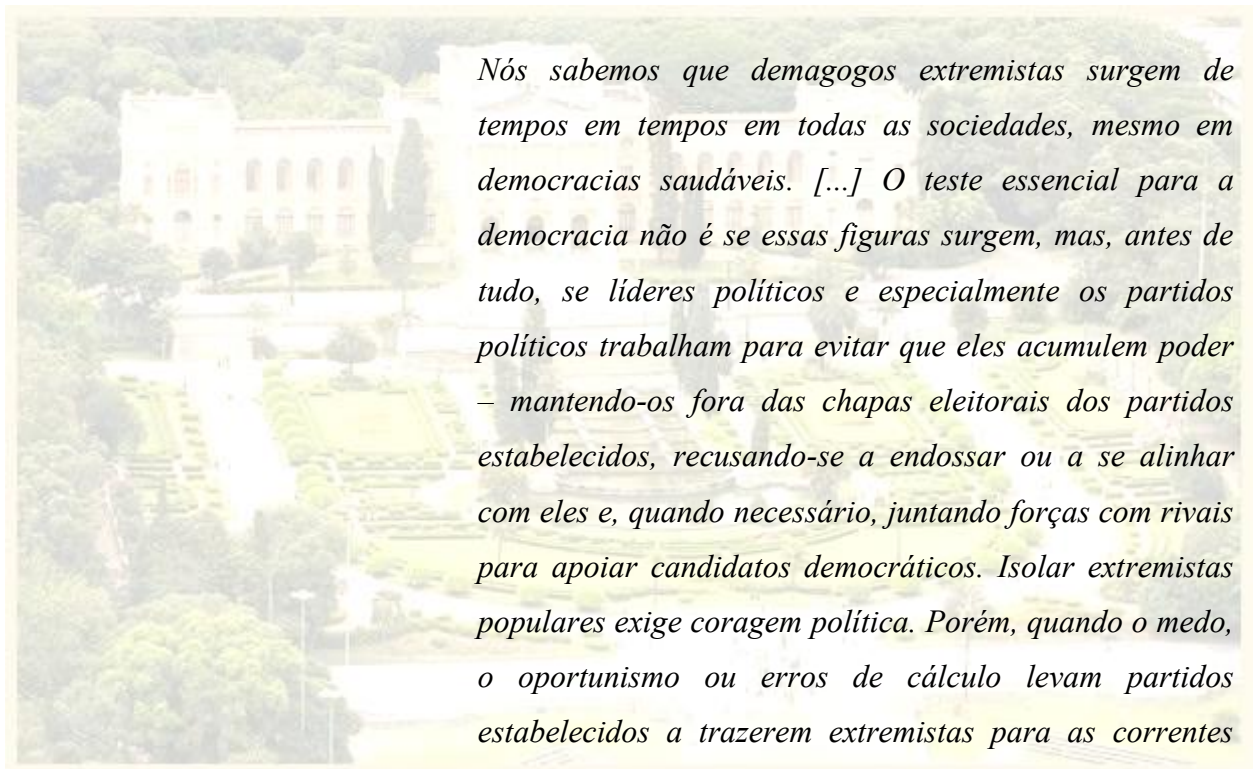
A definição do Constitucionalismo Abusivo é dada pelo professor Landau (2020, p.18) como sendo “o uso de mecanismos de mudança constitucional para tornar um Estado significativamente menos democrático do que era antes.” O que é imperioso dizer é que em tempos em que a democracia é mais debatida para a sua ampliação, ou seja, mais participação popular nas tomadas de decisões sobre a coisa pública, também precisamos ficar vigilantes para as artimanhas disfarçadas de democracia, para não termos menos democracia e conseqüentemente, menos limitação ao poder do Estado e menos direitos fundamentais.

Na obra *Como as Democracias Morrem*, dos autores Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (2018), é lembrado de alguns golpes de Estado que levaram a democracia para um período de obscurantismo, citam os autores entre os países que passaram por isso, a Argentina, Grécia, Guatemala, Peru e o Brasil, no período da Guerra Fria, e com exemplos mais atuais, citam os golpes militares no Egito e na Tailândia.

Porém, há outra maneira de arruinar uma democracia. É menos dramática, mas igualmente destrutiva. Democracias podem morrer não nas mãos dos generais, mas de líderes eleitos – presidentes ou primeiros-ministros que subvertem o próprio processo que os levou

ao poder. Alguns desses líderes desmantelam a democracia rapidamente, como fez Hitler na sequência do incêndio do Reichstag em 1933 na Alemanha. Com mais frequência, porém, as democracias decaem aos poucos, em etapas que mal chegam a ser visíveis. (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p.15)

Os professores Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, ainda nos alertam para o perigo da polarização extremada e da necessidade de isolamento das figuras extremistas populares e para proteger a democracia. Apontam os professores de Harvard que



Nós sabemos que demagogos extremistas surgem de tempos em tempos em todas as sociedades, mesmo em democracias saudáveis. [...] O teste essencial para a democracia não é se essas figuras surgem, mas, antes de tudo, se líderes políticos e especialmente os partidos políticos trabalham para evitar que eles acumulem poder – mantendo-os fora das chapas eleitorais dos partidos estabelecidos, recusando-se a endossar ou a se alinhar com eles e, quando necessário, juntando forças com rivais para apoiar candidatos democráticos. Isolar extremistas populares exige coragem política. Porém, quando o medo, o oportunismo ou erros de cálculo levam partidos estabelecidos a trazerem extremistas para as correntes dominantes, a democracia está em perigo. (2018, p.18)

No Brasil, podemos citar alguns exemplos de tentativas de manipulação dos mecanismos constitucionais que configurariam como Constitucionalismo Abusivo, como no caso da PEC 367 do ano de 2009, que ficou conhecida como PEC do 3º Mandato, que tinha como escopo alterar o texto constitucional para permitir uma segunda reeleição para presidente, governador e prefeito. (JÚNIOR, 2009)

Na Venezuela tivemos algo mais radical do que se tentou fazer no Brasil, Chavez, então presidente venezuelano, depois de 2006 conseguiu retirar os limites aos mandatos presidenciais para que ele pudesse permanecer no poder por tempo indeterminado,

como bem lembra Steven Levitsky e Daniel Ziblatt: “o retrocesso democrático hoje começa nas urnas”. (2018, p. 16)

Aqui, a tentativa de passar a PEC do 3º Mandato foi descartada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) da Câmara dos Deputados por unanimidade, depois que todos acompanharam o relator, o deputado petista José Genoíno, que refletia a ideia contrária do então presidente Lula, que na época estava cumprindo o seu segundo mandato. (FERNANDES, 2009)

Outro exemplo que podemos citar, foram as manifestações realizadas em frente aos quartéis do exército após o término das eleições de 2022, que elegeu para Presidência da República o candidato Luiz Inácio Lula da Silva, tendo como derrota o então presidente Jair Messias Bolsonaro. Essas manifestações, questionavam o resultado das urnas, além de pedir a aplicação do art. 142 da Constituição Federal, com uma interpretação equivocada, onde as Forças Armadas seriam o Poder Moderador na República.

Com o avançar do tempo, as manifestações foram tomando outras proporções e o pedido de intervenção ganhou conotações ainda mais golpistas, culminando com o fatídico dia 08 de janeiro de 2023, quando manifestantes bolsonaristas invadiram e depredaram o Congresso Nacional, o Palácio do Planalto e o Supremo Tribunal Federal, proporcionando um dos dias mais tenebrosos para a democracia brasileira, sem contar o prejuízo histórico e financeiro.

Por fim, mais um exemplo que podemos citar aconteceu em recente decisão liminar, onde o ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, suspendeu partes do Decreto 10.003/2019, do Presidente Bolsonaro, que modificava o funcionamento do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente – Conanda, diminuindo assim a participação popular no referido conselho. (MIGALHAS, 2019)

Na decisão, o ministro Barroso, acata em parte os pedidos do PGR, suspendendo os atos que restringiam a participação popular e conseqüentemente feriam a democracia e alertou para o fenômeno do Constitucionalismo Abusivo

O constitucionalismo e as democracias ocidentais têm se deparado com um fenômeno razoavelmente novo: os retrocessos democráticos, no mundo atual, não decorrem mais de golpes de estado com o uso das armas. Ao contrário, as maiores ameaças à democracia e ao

constitucionalismo são resultado de alterações normativas pontuais, aparentemente válidas do ponto de vista formal, que, se examinadas isoladamente, deixam dúvidas quanto à sua inconstitucionalidade. Porém, em seu conjunto, expressam a adoção de medidas que vão progressivamente corroendo a tutela de direitos e o regime democrático. (BRASIL, 2019, p.10).

O Constitucionalismo Abusivo não é algo distante da nossa realidade, está presente nas sugestões legislativas mais diversas, desde uma alteração da Constituição Federal criar a possibilidade de um terceiro mandato até uma PEC que venha aumentar o número de ministros do Supremo Tribunal Federal, com o intuito de um determinado presidente possa indicar e ter a maioria dos ministros da Corte.

O que fazer, além de ficarmos em alerta, para combater o Constitucionalismo Abusivo? O professor Flávio Martins, apresenta algumas sugestões para responder tal pergunta. A primeira medida seria a inclusão na Constituição Federal de “cláusulas de substituição”, que seria um rol específico para a possibilidade de substituir ou de criar uma nova Constituição, diz o professor: “Não obstante, essa hipótese parece não ser juridicamente muito eficaz, na medida em que prevalece o entendimento de que o Poder Constituinte Originário é ilimitado, não tendo seus limites na Constituição anterior.” (2019, p.38)

A segunda medida apresentada pelo professor Flávio Martins, seria dar legitimidades aos Tribunais Constitucionais o poder de cancelar as novas Constituições, dando-lhes o reconhecimento de ter sido fruto de um processo democrático, oriunda do poder constituinte originário, afirma o professor:

Essa tentativa padece do mesmo defeito da anterior: quem imporá essa obrigação? A Constituição anterior. Não obstante, prevalece o entendimento de que o poder constituinte originário é ilimitado, sendo que esse limite sugerido pela Constituição anterior provavelmente não seria cumprido (máxime quando o titular do Poder Originário está mal-intencionado, como ocorre no constitucionalismo abusivo). (2019, p.39).

A terceira medida trata-se da criação de instrumentos internacionais para identificar e combater o Constitucionalismo Abusivo, assim sugere o Flávio Martins (2019, p.39): “O ideal seria a criação de um Tribunal Constitucional Internacional, que tivesse o poder de declarar abusivas, inválidas, alterações ou substituições constitucionais que visassem minar as democracias nacionais”.

As medidas apresentadas pelo professor Flávio Martins são válidas, por mais que não concorde com elas, as duas primeiras por acompanhar as críticas feitas por ele às sugestões, e com relação a terceira, por estarmos diante de um desrespeito a soberania dos Estados e de autodeterminação dos povos, tema que daria um novo artigo.

5. CONCLUSÃO

Estamos vivendo no Brasil e em outros países, uma experiência constitucional intensa, onde os limites democráticos são tensionados constantemente, fazendo com que as conquistas realizadas ao longo da história do Constitucionalismo sejam colocadas em situação de retrocesso.

Vimos ao longo do texto que o constitucionalismo alcançou conquistas importantes, no reconhecimento de direitos individuais que culminaram na limitação do poder do Estado, surgindo como instrumento garantidor as Constituições.

Porém, essas conquistas não evitaram que surgisse quem deturpasse as premissas e utilizassem do Estado de Direito para promoverem seus governos autoritários e arbitrários, fazendo que com que uma perspectiva mais humanista e axiológica fosse alcançada, nos levando ao neoconstitucionalismo, que coloca o direito conectado aos valores e a busca pela efetivação dos direitos reconhecidos e positivados nas Constituições.

Com a consolidação do novo momento constitucional vivido pós Segunda Guerra Mundial, o temor com os líderes autoritários que visassem a desconstrução da democracia permaneceu, porém, com o desuso dos tradicionais golpes de Estado, vimos surgir a modalidade do Constitucionalismo Abusivo, onde a democracia e os valores conquistados ao longo do tempo, são colocados em situação de risco, por manipulação populista e autoritária, com disfarce de legalidade.

Os exemplos citados de Constitucionalismo Abusivo, dentre muitos que infelizmente existem, ilustram bem como se dá a utilização dos mecanismos constitucionais

para minar a democracia, fazendo com que a sociedade aceite com mais passividade, já que as doses de autoritarismo se dão a conta gota, e disfarçada de democrática.

Para além das sugestões apresentadas para combater o Constitucionalismo Abusivo, precisamos amadurecer ainda mais novas ideias que protejam a democracia e o Estado Democrático de Direito, sem que possamos incorrer em incoerências, mas sim, numa defesa dentro e fora dos textos constitucionais, alimentando sempre, os valores democráticos.

Diante desse cenário, é necessário que estejamos atentos para que o que foi construído e conquistado a duras penas, não seja destruído por atos previstos nas Constituições, mas utilizados de forma maliciosa, com finalidade autoritária e arbitrária.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BERCOVICI, Gilberto. Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo. 2^a ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 622 Distrito Federal. Relator: Min. Roberto Barroso. 19 dez. 2019. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/12/448B9DFAEE326C_conanda.pdf. Acesso em: 05 jan. 2023.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. 11 dez. 2008. Disponível em: https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/662/o/Eduardo_Cambi_Neoconstitucionalismo_e_Neoprocessualismo.pdf. Acesso em: 04 fev. 2023.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Constituição e teoria da constituição. 7^a ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CALÇADO, Gustavo. Direito constitucional e teoria da constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos Direitos Humanos. 10^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.



CONSTITUCIONALISMO abusivo: Barroso chama atenção para atos que corroem a democracia. Migalhas. 22 dez. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/317526/constitucionalismo-abusivo--barroso-chama-atencao-para-atos-que-corroem-a-democracia>. Acesso em: 05 fev. 2023.

FERNANDES, Edvaldo. CCJ rejeita por unanimidade terceiro mandato para o Executivo. Agência Câmara de Notícias. 07 jul. 2009. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/131023-ccj-rejeita-por-unanimidade-terceiro-mandato-para-o-executivo/>. Acesso em: 05 fev. 2023.

JÚNIOR, Janary. Pec permite 3º mandato para presidente, governadores e prefeitos. Agência Câmara de Notícias. 28 mai. 2009. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/129507-PEC-PERMITE-3%C2%BA-MANDATO-PARA-PRESIDENTE,-GOVERNADORES-E-PREFEITOS>. Acesso em: 05 fev. 2023.

LANDAU, David. Constitucionalismo abusivo. Revista Jurídica da Ufersa. Tradução de Ulisses Levy Silvério dos Reis e Rafael Lamera Giesta Cabral, v. 4, n. 7, 27 jan/jun 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufersa.edu.br/rejur/article/view/9608>. Acesso em: 05 fev. 2023.

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

LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. 2ª ed. Barcelona: Editora Ariel, 1970.

MARTINS, Flávio. Constitucionalismo abusivo: realidade, perspectivas e propostas para uma possível limitação. Católica Law Review. v. 3, n. 1, 1 jan. 2019. Disponível em: <https://revistas.ucp.pt/index.php/catolicalawreview/article/view/9105>. Acesso em: 05 fev. 2023.

PEDUZZI, Pedro. Manifestantes invadem congresso, palácio do planalto e stf. Agência Brasil. 08 jan. 2023. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2023-01/manifestantes-invadem-congresso-planalto-e-stf>. Acesso em: 05 fev. 2023.

RIBEIRO, Renato Janine. A democracia. 3ª ed. São Paulo: Publifolha, 2013.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

All Rights Reserved © Polifonia - Revista Internacional da Academia Paulista de Direito
ISSN da versão impressa: 2236-5796
ISSN da versão digital: 2596-111X
academiapaulistaeditorial@gmail.com/diretoria@apd.org.br
www.apd.org.br



This work is licensed under a [Creative Commons License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)