



ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília – DF

Ano 58

230

abril a junho de 2021

SENADO FEDERAL



Democracia defensiva

Origens, conceito e aplicação prática

TARSILA RIBEIRO MARQUES FERNANDES

Resumo: Este artigo explica a democracia defensiva, também denominada *democracia de resistência*. Após analisar as suas origens na teoria da democracia militante de Karl Loewenstein, será realizada uma diferenciação entre as duas teorias. Serão apresentados as bases teóricas e o contexto em que a democracia defensiva é aplicada, com o objetivo de entender a sua importância para a salvaguarda da democracia brasileira. Casos concretos em que tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Judiciário aplicaram a teoria da democracia defensiva também serão apresentados. Dessa forma, será possível perceber que, mesmo pouco difundida e estudada, a democracia defensiva já é objeto de aplicação prática no Brasil.

Palavras-chave: Democracia defensiva. Democracia militante. Paradoxo da tolerância. Autoritarismo. Crise.

Defensive democracy: origins, concept, and application

Abstract: This article explains what defensive democracy, also called resistance democracy, is. After analyzing its origins in Karl Loewenstein's theory of militant democracy, differentiation will be made between these two theories. The theoretical bases and the context in which defensive democracy is applied will be explained in order to understand the importance of this theory for safeguarding Brazilian democracy. Concrete cases in which both the Legislative and the Judiciary branches have used the theory of defensive democracy will also be presented. Hence, it will be possible to conclude that, although little disseminated, defensive democracy is already being applied in Brazil.

Keywords: Defensive democracy. Militant democracy. Paradox of tolerance. Authoritarianism. Crisis.

Recebido em 17/8/20

Aprovado em 18/9/20

1 Introdução

A pandemia da Covid-19 colocou definitivamente em pauta no Brasil um tema que nos últimos anos já vinha ganhando força: a democracia defensiva. Escassos são os debates e as publicações sobre esse tópico de tão grande relevância. Entender o que significa democracia defensiva, também denominada *democracia de resistência*, é essencial para compreender o momento de tensão pelo qual as instituições brasileiras estão passando e, sobretudo, para ter consciência de como esse instituto pode vir a salvar o regime democrático brasileiro.

Apesar de pouco conhecida no Brasil, a racionalidade por trás da teoria da democracia defensiva é objeto de discussões no mundo pelo menos desde 1937, quando Karl Loewenstein publicou o artigo científico “Militant Democracy and Fundamental Rights” – em tradução livre: “Democracia de militância e direitos fundamentais” (LOEWENSTEIN, 1937).

A democracia defensiva encontra suas origens na democracia de militância, razão pela qual é necessário investigar como esta última teoria surgiu no Direito Comparado e como tem evoluído até os dias atuais. Após compreender como foi desenvolvido, será possível explicar o tema da democracia defensiva e a sua importância para o momento atual. Assim, as bases teóricas e o contexto em que a democracia defensiva é aplicada serão explicitados.

Com o arsenal teórico em torno da democracia defensiva assentado, será analisada a aplicação prática desse instituto no momento de crise que o Brasil está vivenciando. Dessa forma, serão demonstrados casos recentes em que tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Judiciário tiveram uma atuação firme em prol da democracia defensiva.

Será possível perceber que a democracia defensiva, apesar de pouco debatida no Brasil, já tem sido objeto de aplicação efetiva por instituições brasileiras, de forma a garantir o regular funcionamento dos Poderes constituídos e a normalidade do regime democrático.

2 Teoria da democracia de militância

É na democracia de militância que se podem encontrar as origens teóricas da democracia defensiva. O grande expoente da teoria da democracia de militância foi o constitucionalista alemão Loewenstein (1937), o qual defendia que não deveriam sequer participar da competição política os partidos políticos que não se coadunassem com o regime democrático.

Merece especial atenção o contexto em que essa teoria da democracia de militância foi desenvolvida, isto é, por um autor alemão, quando da

ascensão do regime nazista. A preocupação de Loewenstein à época – hoje se percebe que ela se mostrou extremamente pertinente – era de que a participação de partidos políticos com evidentes características totalitárias poderia levar à derrocada do próprio regime democrático.

Nesse ponto, vale salientar que Adolf Hitler não alcançou o poder em virtude de um golpe de Estado ou de maneira violenta, mas por meio do Partido Nacional-Socialista; ele participou da disputa democrática, alçado ao cargo de líder (*führer*) com o apoio majoritário da população alemã. Contudo, deve-se reconhecer que, desde o início de sua campanha eleitoral, Hitler já expunha ideias totalitárias e dava sinais de que não respeitaria as regras democráticas. Por esse motivo, Loewenstein defendia que o partido nazista não poderia sequer participar do processo democrático.

As premissas da democracia militante, portanto, eram a de que o regime democrático deveria contar com mecanismos (ainda que antidemocráticos) para evitar que agentes políticos com ideais totalitários de poder, tais como Hitler, utilizassem instrumentos democráticos para chegar ao poder. Assim, deveriam ser criados meios para que a democracia se defendesse dos partidos que buscassem alçar-se ao poder para destruí-la. Isso porque o fascismo, classificado por Loewenstein (1937) como uma técnica política, só conseguiria ser vitorioso em razão das condições favoráveis oferecidas pelas instituições democráticas, em especial em virtude da tolerância democrática. De acordo com Loewenstein (1937, p. 424, tradução nossa):

A democracia foi incapaz de proibir aos inimigos de sua própria existência o uso de instrumentalidades democráticas. Até muito recentemente, o fundamentalismo democrático e a cegueira legalista não estavam dispostos a perceber que o mecanismo da democracia é o cavalo de Tróia pelo qual o inimigo entra na cidade. Ao fascismo, disfarçado de um partido político legalmente reconhecido, foram concedidas todas as oportunidades das instituições democráticas.¹

Com base na teoria da democracia militante, partidos políticos com objetivos antidemocráticos deveriam ter o seu registro negado ou cassado, em nome da defesa do próprio regime democrático. A necessidade de uma democracia militante, portanto, surge do imperativo de autoproteção e autopreservação da democracia (LOEWENSTEIN, 1937, p. 429).

Essa teoria já teve algumas aplicações práticas, a fim de cassar o registro de partidos políticos. Cite-se o exemplo da Espanha, que já a usou para

¹No original: “Democracy was unable to forbid the enemies of its very existence the use of democratic instrumentalities. Until very recently, democratic fundamentalism and legalistic blindness were unwilling to realize that the mechanism of democracy is the Trojan horse by which the enemy enters the city. To fascism in the guise of a legally recognized political party were accorded all the opportunities of democratic institutions?”

cassar o registro do partido separatista basco *Batasuna* (BOURNE, 2015). Ademais, diversas Constituições europeias adotam a teoria da democracia militante e preveem expressamente a possibilidade de dissolução de partidos políticos – caso das Constituições da Alemanha, Áustria, Dinamarca e Polônia (MONTEIRO, 2015, p. 126-129).

Apesar de bem fundamentada e justificada diante do que aconteceu na Alemanha nazista, a teoria da democracia militante é objeto de críticas; alega-se que se confere excessivo poder a uma instituição, o que pode ser objeto de consequente abuso e ameaça ao regime democrático (ACCETTI; ZUCKERMAN, 2017). De fato, a definição dos contornos e a imposição de limites à aplicação da teoria da democracia militante são questões extremamente controversas e que também se aplicam à teoria da democracia defensiva. A esse respeito, pode-se esclarecer que houve evolução em torno dessa teoria no contexto europeu, a fim de deixar a sua aplicação mais restrita aos casos realmente necessários. Nesse contexto, a jurisprudência alemã evoluiu quanto à possibilidade de aplicação da teoria da democracia militante, passando a admitir a exclusão de partidos políticos totalitários do processo democrático não somente quando tais partidos apresentassem um viés antidemocrático, mas também se eles representassem risco efetivo à democracia. Dessa forma, de acordo com o atual entendimento da Corte Constitucional alemã, não basta que o partido político apresente características totalitárias para ter seu registro excluído; é necessário haver ameaça concreta à democracia, isto é, é preciso demonstrar que não é apenas potencial, mas efetivo, o risco que o partido político representa.

Deve-se registrar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) expressamente adotou a teoria da democracia militante no art. 17:

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

I – caráter nacional;

II – proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;

III – prestação de contas à Justiça Eleitoral;

IV – funcionamento parlamentar de acordo com a lei (BRASIL, [2019a]).

Pela simples leitura do *caput* do art. 17 da CRFB, percebe-se que a criação de partidos políticos depende da observância da soberania nacional, do regime democrático, do pluripartidarismo e dos direitos fundamentais da pessoa humana. Dessa forma, pode-se afirmar que partidos políticos que não se coadunem com os ideais democráticos, pluripartidários e de respeito aos direitos humanos não devem obter registro, por serem contrários à Constituição.

Ora, a negativa de criação de partidos políticos – ou a sua cassação – em virtude de seu caráter antidemocrático é justamente a base teórica da democracia militante desenvolvida por Loewenstein, razão pela qual se pode afirmar que o sistema constitucional brasileiro expressamente albergou essa teoria.

3 Noções sobre o paradoxo da tolerância

A fim de entender como a teoria da democracia defensiva foi desenvolvida, é necessário compreender as razões por que a existência de uma normalidade democrática permite que regimes totalitários a ameacem, sem a necessidade do uso da força ou de um golpe de Estado. A esse respeito, é interessante lembrar a frase de Joseph

Goebbels, ministro da Propaganda na Alemanha nazista (apud SARMENTO; PONTES, 2018): “sempre será uma das melhores piadas da democracia o fato de que ela dá aos seus inimigos mortais os meios para destruir a si própria”.

Pode-se encontrar a contextualização desse problema no que o filósofo austríaco Popper (1974, p. 289) chamou de “paradoxo da tolerância”. Popper (1974, p. 265, grifos do autor), ao tratar dos paradoxos da liberdade e da democracia aos quais Platão fazia referência, afirmou que

[o] chamado *paradoxo da liberdade* é o argumento de que a liberdade, no sentido de ausência de qualquer controle restritivo, deve levar à maior restrição, pois torna os violentos livres para escravizarem os fracos. Esta idéia [*sic*], de forma levemente diferente e com tendência muito diversa, é claramente expressa por Platão.

Menos conhecido é o *paradoxo da tolerância*: a tolerância ilimitada pode levar ao desaparecimento da tolerância. Se estendermos a tolerância ilimitada até àqueles que são intolerantes; se não estivermos preparados para defender uma sociedade tolerante contra os ataques dos intolerantes, o resultado será a destruição dos tolerantes e, com eles, da tolerância.

Popper, ademais, esclareceu que não se tratava de suprimir o direito à manifestação de filosofias intolerantes, uma vez que, enquanto fosse possível contradizer racionalmente tais manifestações e mantê-las controladas perante a opinião pública, deveria ser possível a sua livre manifestação. Entretanto, dever-se-ia garantir o direito de suprimir tais manifestações intolerantes, inclusive por meio do uso da força, na hipótese de não ser mais possível contrapô-las por meio de argumentos racionais (POPPER, 1974, p. 265).

Também é possível encontrar em Bobbio (2004) a mesma ideia de que se pode excepcionar

o princípio da tolerância às minorias opressoras, que, caso se transformassem em maioria, buscariam suprimir tal princípio. O autor, contudo, deixa claro que, apesar de evidente na teoria, tal ideia é de difícil aplicação prática, não podendo ser aceita sem ressalvas (BOBBIO, 2004, p. 196).

Com isso, percebe-se que a característica principal da democracia – a tolerância – pode ser igualmente a razão de sua derrocada. A tolerância, ao mesmo tempo em que permite que a democracia sobreviva, é o seu ponto fraco; essa é a verdadeira aporia da democracia. Afinal, a democracia tem como fundamento básico o respeito à diferença de ideias, ao pluralismo político, à liberdade de expressão, que são justamente os meios de que partidos autocráticos se podem valer para chegar ao poder e destruir o regime democrático.

Por essas razões, para que a democracia possa sobreviver, é imprescindível que mecanismos sejam criados no ambiente democrático a fim de restringir a liberdade de grupos ou atores políticos que, por meio de ideias totalitárias ou intolerantes, ameacem a própria democracia. Nesse ponto, percebe-se que as ideias de Loewenstein e de Popper se aproximam no sentido de defender a necessidade de exclusão de certos grupos políticos como forma de sobrevivência da democracia. De uma maneira objetiva, pode-se concluir que a lógica tanto da democracia militante quanto do paradoxo da tolerância é no sentido de que a democracia não pode transformar-se num pacto suicida, razão pela qual devem ser garantidos mecanismos para a legítima defesa da ordem democrática.

4 A democracia defensiva ou de resistência

A teoria da democracia defensiva começou a ser debatida apenas nos últimos dois anos, sobre-

tudo diante da elevada tensão durante as eleições de 2018 e o acirramento político no Brasil.

Na realidade, pode-se afirmar que é difícil imaginar um momento mais propício que o atual para compreender o conceito e a importância da democracia defensiva, pois, além de uma crise de saúde em virtude da pandemia da Covid-19 – que, com maior ou menor gravidade, todos os países têm enfrentado –, o Brasil tem lidado com uma crise econômica, política, social e institucional – todas ao mesmo tempo. Com efeito, a divisão de Poderes e as relações institucionais encontram-se bastante confusas e desgastadas.

Seguindo a mesma racionalidade da democracia de militância, a teoria da democracia de resistência também foi desenvolvida para impedir que grupos extremistas, situações indesejadas ou momentos de instabilidade institucional afetem o regular funcionamento da democracia. Apesar de terem a mesma origem, a teoria da democracia defensiva diferencia-se da democracia de militância por ser mais ampla. Vale dizer, a democracia de militância foi criada e desenvolvida para lidar com uma situação específica: a questão da exclusão de partidos ou de grupos políticos totalitários do processo democrático. A democracia defensiva, entretanto, visa impedir que vulnerem a própria democracia quaisquer situações ou grupos que afetem a normalidade democrática.

Ademais, as expressões *democracia defensiva* ou *democracia de resistência* parecem ser igualmente mais adequadas e condizentes com o que essa teoria reflete. Isto é, uma atuação reativa em prol da democracia em virtude de um ataque às instituições. Acrescente-se ainda que o termo “democracia militante” parece conter um viés ideológico, o qual não corresponde à ideia de legítima defesa da ordem democrática, objetivo maior da democracia defensiva. Por essas razões, defende-se que se deve utilizar o termo *democracia defensiva* ou *democracia de resistência* em vez de *democracia militante*.

Em relação à dificuldade de defender a democracia brasileira e conseqüentemente à necessidade de melhor compreensão da teoria da democracia defensiva, deve-se ter em mente que o regime democrático brasileiro é ainda bastante recente: o maior período de “normalidade” democrática brasileiro é o atual, iniciado em 1985, com o fim do regime militar. Desde então, o Brasil teve dois presidentes da República que sofreram processo de *impeachment*.

A democracia brasileira, portanto, é bastante nova e ainda se encontra em fase de consolidação. Ademais, há fatores – alguns essencialmente brasileiros, outros mundiais – que tornam esse processo de conformação democrática muito mais difícil e complexo. Nesse sentido, como características brasileiras, pode-se citar a baixa conscientização política e eleitoral da maioria da população aliada à falta de interesse político, o que permite que políticos mal-intencionados transformem parte da população em militantes sem conhecimento de causa. Ademais, uma das particularidades mais marcantes da sociedade brasileira é a enorme desigualdade social, aliada ao ensino deficiente e à corrupção sistêmica, o que gera instabilidade institucional e culmina no déficit democrático.

Acrescem a esses fatores alguns fenômenos mundiais que igualmente dificultam a consolidação democrática. Quanto a esse ponto, merece registro a grande influência das redes sociais na disseminação de notícias, sobretudo de desinformação, as chamadas *fake news*. Essa é uma realidade bastante discutida no contexto europeu, sobretudo diante da saída do Reino Unido da União Europeia (o chamado *Brexit*). Alega-se que a pequena maioria que votou a favor da retirada do Reino Unido da União Europeia foi influenciada por informações falsas que haviam sido divulgadas por meio de robôs nas redes sociais (MUQSITH; MUZYKANT, 2019). Vale salientar que discussão parecida também foi levantada

quando da eleição de Donald Trump como presidente dos Estados Unidos da América (PERSILY, 2017), sendo esse tema especialmente relevante também agora no Brasil, no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral.

Percebe-se, pois, quão complexa é a tarefa de consolidação de um regime democrático, sobretudo diante da realidade brasileira. Por essas razões, os Poderes da República devem desempenhar o importante papel de defesa da democracia, especialmente diante de uma ameaça de hipertrofia de um outro Poder. É certo que a atuação das instituições não afasta nem diminui a importância da atuação da população e da imprensa em prol da democracia; mas, quando se trata da aplicação da teoria da democracia defensiva, está-se discutindo a defesa da democracia por um dos Poderes constituídos.

Por fim, merece destaque o fato de que são justamente os momentos mais tensos e de instabilidade institucional que testam com maior intensidade a solidez de um regime democrático. Dessa forma, pode-se inferir que a democracia brasileira tende a se fortalecer com a superação de uma crise.

5 Aplicações práticas da teoria da democracia defensiva durante a crise da Covid-19

Como já se afirmou, apesar de pouco difundida e estudada no Brasil, a teoria da democracia defensiva tem sido objeto de aplicações práticas por instituições brasileiras, ainda que sem referência a essa denominação. Constata-se que o Poder Legislativo a aplicou durante o atual momento de crise, assim como o Poder Judiciário, especificamente o Supremo Tribunal Federal (STF).

De início, deve-se ter em mente que momentos de crise exigem medidas excepcionais, além de demandar maior criatividade na busca de soluções. Assim, a análise de qualquer tipo de proposta sugerida ou alternativa implementada por um dos Poderes, em especial do Executivo, deve levar em consideração o momento vivenciado. É claro que esse contexto não legitima o desrespeito à CRFB, em especial quando esse desrespeito adota a forma de hipertrofia de um dos Poderes e, conseqüentemente, afronta outro Poder da República. Nessas situações, a teoria da democracia defensiva há de ser aplicada a fim de garantir a normalidade democrática, mesmo que em tempos excepcionais.

5.1 Aplicação pelo Poder Legislativo

Pode-se citar como exemplo de aplicação prática da teoria da democracia defensiva a devolução, pelo Congresso Nacional, de medida provisória

editada durante o período de pandemia da Covid-19, com o objetivo de permitir a nomeação, pelo ministro da Educação, de reitores das instituições federais de ensino sem prévia consulta às universidades. O caso tratava da Medida Provisória (MP) nº 979, de 9/6/2020, cujo ponto mais controverso assim dispunha:

Art. 2º Não haverá processo de consulta à comunidade, escolar ou acadêmica, ou formação de lista tríplice para a escolha de dirigentes das instituições federais de ensino durante o período da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia da covid-19, de que trata a Lei nº 13.979, de 2020.

Art. 3º O Ministro de Estado da Educação designará reitor e, quando cabível, vice-reitor *pro tempore* para exercício:

I – durante o período da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia da covid-19, de que trata a Lei nº 13.979, de 2020; e

II – pelo período subsequente necessário para realizar a consulta à comunidade, escolar ou acadêmica, até a nomeação dos novos dirigentes pelo Presidente da República (BRASIL, 2020e).

O Poder Executivo justificou a edição da norma com o argumento de que a pandemia da Covid-19 exigia isolamento social, conforme orientações da Organização Mundial da Saúde. Por isso, as aulas nas instituições federais de ensino haviam sido suspensas, o que ocasionaria prejuízo ao processo de eleição e designação dos reitores e vice-reitores das instituições de ensino. Dessa forma, o objetivo da MP seria “assegurar o caráter democrático dos processos de eleição de Reitor e Vice-Reitor garantido por meio da consulta à comunidade acadêmica, nas Universidades Federais, nos Institutos Federais e no Colégio Pedro II” (BRASIL, 2020c).

Conforme determina o § 5º do art. 62 da CRFB (BRASIL, [2019a]), cabe ao Congresso Nacional, caso atendidos os pressupostos constitucionais, analisar o mérito das medidas provisórias, as quais terão força de lei desde a sua edição pelo presidente da República. No caso da MP nº 979/2020, entretanto, o Congresso Nacional devolveu ao Poder Executivo sem sequer ter analisado o mérito ou a relevância e urgência da medida, por considerar que o seu teor ofendia tanto o princípio da gestão democrática do ensino público quanto a autonomia universitária previstos, respectivamente, no inciso VI do art. 206 e no art. 207, ambos da CRFB (BRASIL, 2020a).

É de se notar o paradoxo do argumento utilizado pelo então ministro da Educação para defender a necessidade de edição da MP: a defesa do processo democrático de escolha e nomeação dos reitores e vice-reitores das instituições federais de ensino. Ora, adotou-se uma medida claramente

antidemocrática, por meio da designação unilateral pelo ministro da Educação, com a supressão da escolha do dirigente pela comunidade, sob o argumento da defesa da democracia.

Pode-se perceber que o Congresso Nacional agiu firmemente em defesa do que foi considerado um ataque à democracia, devolvendo a MP nº 979/2020, por entender que a norma se consubstanciava em flagrante desrespeito aos princípios da gestão democrática do ensino e à autonomia universitária. Ora, diante da hipertrofia do Poder Executivo, o Legislativo teve que adotar medidas não usuais, a fim de garantir o regular funcionamento das instituições. Deve-se ressaltar que, desde a criação das medidas provisórias em 1988, essa foi apenas a quarta vez que o Congresso Nacional devolveu ao Poder Executivo uma MP sem proceder à sua análise.

5.2 Aplicação pelo Poder Judiciário

Em relação ao Poder Judiciário, são inúmeras as situações em que a teoria da democracia defensiva foi aplicada. O presente artigo enfocará dois julgados proferidos pelo STF durante a pandemia. De início, deve-se ressaltar que nenhum desses julgados fez referência expressa à teoria da democracia defensiva; de sua análise, contudo, pode-se observar a efetiva aplicação da teoria.

O primeiro julgado foi proferido nas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) nºs 6.347, 6.351 e 6.353, ajuizadas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pela Rede Sustentabilidade e pelo Partido Socialista Brasileiro; todas questionavam a MP nº 928/2020, que limitou o acesso à informação durante o período de pandemia. Os dispositivos impugnados tinham a seguinte redação:

Art. 6º-B Serão atendidos prioritariamente os pedidos de acesso à informação, de que trata

a Lei nº 12.527, de 2011, relacionados com medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de que trata esta Lei.

§ 1º Ficarão suspensos os prazos de resposta a pedidos de acesso à informação nos órgãos ou nas entidades da administração pública cujos servidores estejam sujeitos a regime de quarentena, teletrabalho ou equivalentes e que, necessariamente, dependam de:

I – acesso presencial de agentes públicos encarregados da resposta; ou

II – agente público ou setor prioritariamente envolvido com as medidas de enfrentamento da situação de emergência de que trata esta Lei.

§ 2º Os pedidos de acesso à informação pendentes de resposta com fundamento no disposto no § 1º deverão ser reiterados no prazo de dez dias, contado da data em que for encerrado o prazo de reconhecimento de calamidade pública a que se refere o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.

§ 3º Não serão conhecidos os recursos interpostos contra negativa de resposta a pedido de informação negados com fundamento no disposto no § 1º.

§ 4º Durante a vigência desta Lei, o meio legítimo de apresentação de pedido de acesso a informações de que trata o art. 10 da Lei nº 12.527, de 2011, será exclusivamente o sistema disponível na internet.

§ 5º Fica suspenso o atendimento presencial a requerentes relativos aos pedidos de acesso à informação de que trata a Lei nº 12.527, de 2011 (BRASIL, 2020d).

De acordo com o Poder Executivo, o objetivo da MP foi o de adaptar o acesso à informação à realidade dos órgãos públicos que passaram a atuar de forma majoritária em regime de trabalho remoto, sem prejudicar, igualmente, os órgãos em que seus agentes estavam presencialmente envolvidos no combate à pandemia (BRASIL, 2020b). A própria exposição de motivos da MP, contudo, já esclarecia que mais de 99% das solicitações e das respostas aos pedidos

de acesso à informação eram realizadas de forma eletrônica e remotamente.

Os argumentos levantados pelo Poder Executivo, entretanto, não foram aceitos pelo STF, o qual considerou a limitação prevista naquela norma ofensiva ao direito à liberdade de informação, que deve ser vista como consectário necessário num regime democrático de Direito, uma vez que permite o controle pela sociedade e, sobretudo, pela imprensa.

Nesse sentido, o relator do caso, ministro Alexandre de Moraes, expressamente afirmou que “a participação política dos cidadãos em uma Democracia representativa somente se fortalece em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das diversas opiniões sobre as políticas públicas adotadas pelos governantes”. Argumentou ainda que o acesso à informação se caracteriza como “verdadeira garantia instrumental ao pleno exercício do princípio democrático” (BRASIL, 2020f, p. 10).

O relator foi acompanhado pelo ministro Gilmar Mendes, o qual se manifestou em contundente voto em favor da democracia:

O princípio da publicidade está ligado ao direito de informação dos cidadãos e ao dever de transparência do Estado, em conexão direta com o princípio democrático.

[...]

Isso porque não há democracia sem a garantia do direito à informação.

[...] a LAI é um dos principais instrumentos do ordenamento jurídico brasileiro para concretizar os princípios constitucionais da publicidade, da transparência e do direito à informação, os quais assumem especial importância em um Estado Democrático de Direito.

A negativa generalizada de acesso a informações públicas, além de limitar o controle social em um momento crítico, pode

acarretar vícios de nulidade e dar margem a práticas não democráticas. É inequívoco que o controle social efetivo sobre os atos administrativos depende do funcionamento dos mecanismos de transparência.

[...]

É óbvio que o sistema protetivo-constitucional incide em toda e qualquer circunstância. Já afirmei que as salvaguardas constitucionais não são obstáculos, mas instrumentos de superação dessa crise. O momento exige grandeza para buscar soluções viáveis do ponto de vista jurídico, político e econômico.

Ademais, principalmente em tempos excepcionais como o que vivemos, o acesso à informação deve ser ampliado e utilizado como instrumento tanto de controle quanto – e principalmente – de conscientização social. Conforme bem pontuado pelo CFOAB, “mediante a promoção de cidadãos e profissionais bem informados, estaremos mais bem preparados para enfrentar essa crise”.

O pleno exercício de uma democracia participativa exige que restrições ao direito à informação sejam devidamente justificadas e proporcionais, sob pena de tornar regra a exceção do sigilo das informações (BRASIL, 2020f, p. 32-43).

Ademais, entendeu-se que aquela MP limitava um direito fundamental sem observar o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, uma vez que existiam meios menos gravosos para alcançar a finalidade pretendida pela norma, pois a própria Lei de Acesso à Informação (LAI) já contém mecanismos que permitem a negativa ou a postergação de resposta, em casos excepcionais e devidamente justificados.²

²Nesse sentido, o art. 11, § 1º, II, da LAI dispõe: “Art. 11. O órgão ou entidade pública deverá autorizar ou conceder o acesso imediato à informação disponível. § 1º Não sendo possível conceder o acesso imediato, na forma disposta no caput, o órgão ou entidade que receber o pedido deverá, em prazo não superior a 20 (vinte) dias: [...] II – indicar as razões de fato ou de direito da recusa, total ou parcial, do acesso pretendido” (BRASIL, 2011).

Com base nesses argumentos principais, o Plenário do STF de forma unânime referendou a cautelar concedida monocraticamente pelo relator, a fim de suspender a eficácia do art. 6º-B da Lei nº 13.979/2020, incluído pelo art. 1º da MP nº 928/2020.

Da leitura do voto do relator e das discussões travadas durante a sessão de julgamento, percebe-se que o STF considerou a MP nº 928/2020, na parte que limitou o acesso à informação, um ataque frontal à democracia. Entendeu-se que a limitação ao acesso à informação, sobretudo num momento de crise, causa grave abalo às instituições democráticas, dado que é por meio da transparência e do acesso à informação que se permite o controle da atuação do Poder Público e a conscientização social. Esse controle deve ser realizado por toda a sociedade e pelas instituições, merecendo destaque o importante papel que a imprensa desempenha nesse âmbito.

Além desse relevante processo que tratou de acesso à informação durante a pandemia, deve-se reconhecer que o caso mais emblemático julgado pelo Poder Judiciário foi o que ficou o conhecido como “inquérito das *fake news*”. Trata-se do Inquérito nº 4.781, aberto de ofício pelo presidente do STF, ministro Dias Toffoli, em 14/3/2019, por meio da Portaria nº 69/2019, tendo sido distribuído ao ministro Alexandre de Moraes, com o intuito de apurar a divulgação de notícias falsas e ataques à honra e à segurança do STF, de seus membros e familiares (BRASIL, 2019b). O fundamento legal para a abertura de ofício desse inquérito foi o art. 43 do Regimento Interno do STF, que tem a seguinte redação:

Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.

§ 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente.

§ 2º O Ministro incumbido do inquérito designará escrivão dentre os servidores do Tribunal (BRASIL, 2020g, p. 44).

Em 2019, quando o Inquérito nº 4.781 foi aberto, o processo foi objeto de grande celeuma e críticas, tanto por parte da opinião pública quanto por parte de juristas. Argumentava-se que o Poder Judiciário não possuía função inquisitiva, não cabendo a ele a iniciativa de abertura e de condução de inquérito. Nesse sentido, o Ministério Público inicialmente manifestou-se pelo não cabimento do inquérito, por ofensa aos princípios da separação dos Poderes e do juiz natural (PGR..., 2019).

Apesar da perplexidade e das controvérsias geradas quando da abertura do inquérito das *fake news* em 2019, o que parecia indicar que ele não

teria a sua validade confirmada pelo Plenário do STF, o cenário em que ele foi julgado em junho de 2020 revelou-se bastante diverso. Isso porque se descortinou o teor das graves ameaças sofridas tanto por ministros do STF quanto por seus familiares, além de ataques direcionados à própria instituição. Ademais, as realidades política e social também se alteraram bastante, havendo um acirramento das agressões, as quais passaram a atingir de maneira bastante direta o Poder Judiciário, ameaçando a democracia.

Diante desse contexto jurídico e, especialmente, político e social, o Inquérito nº 4.781 teve a sua validade e constitucionalidade devidamente reconhecida em 18/6/2020 em decisão do Plenário da Corte, pela quase unanimidade dos ministros, nos autos da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 572. Apenas o ministro Marco Aurélio de Mello divergiu dos demais, por entender que o art. 43 do Regimento Interno do STF não fora recepcionado pela CRFB. O ministro ainda considerou que as manifestações contrárias aos membros do STF estavam albergadas pela liberdade de expressão (PLENÁRIO..., 2020). A Procuradoria-Geral da República, inclusive, passou a defender a validade do inquérito, desde que garantida a participação do Ministério Público e estabelecidas certas balizas (INQUÉRITO..., 2020).

Ressalte-se que o presente artigo não pretende realizar qualquer análise de mérito ou de validade do Inquérito nº 4.781 ou do julgamento realizado pelo STF nos autos da ADPF nº 572. Além de não se encontrar no escopo do artigo tal exame, há dificuldades práticas para a realização de tal intento, uma vez que o Inquérito nº 4.781 tramita em segredo de justiça, e os votos da ADPF nº 572 ainda não tinham sido disponibilizados quando da finalização deste trabalho. O que se pretende demonstrar com a apresentação desse julgado é a aplicação prática

da teoria da democracia defensiva – com os consequentes riscos e críticas a ela inerentes.

Os julgamentos preferidos pelo STF nas ADIs nºs 6.347, 6.351 e 6.353 e na ADPF nº 572 demonstram que a teoria da democracia defensiva, ainda que sem referência ao seu nome, já tem sido objeto de aplicação prática. Ademais, esses julgamentos evidenciam que a Suprema Corte brasileira está consciente do momento de crise aguda que o País enfrenta e do seu papel como um dos garantidores da democracia.

6 Conclusão

A teoria da democracia defensiva, ou democracia de resistência, ainda é pouco difundida e estudada no Brasil. Apesar de ter suas bases na teoria da democracia militante de Karl Loewenstein, a democracia defensiva dela difere por ser mais ampla e por ter um viés menos político. Ambas, contudo, têm como característica principal a necessidade de a democracia criar mecanismos excepcionais a fim de se defender de ataques autoritários. Trata-se, assim, do desenvolvimento de uma teoria de autoproteção ou autodefesa do regime democrático.

Deve-se ter em mente que a democracia é uma construção permanente, sobretudo quando se trata de uma democracia tão recente quanto a brasileira. Toda a sociedade e os três Poderes da República devem estar atentos a ameaças antidemocráticas e à defesa da ordem constitucional. Em caso de erosão da democracia e de hipertrofia de algum dos Poderes, as demais instituições devem agir de forma firme e proporcional ao ataque sofrido. Desse modo, uma atitude que não aparentava ser de relevante gravidade no passado pode adquirir contornos diferentes diante de uma situação de crise, como a atual.

Independentemente do viés político, das paixões partidárias e das naturais identifica-

ções entre um ou outro perfil, as instituições devem ser respeitadas. Deve-se ter em mente que a CRFB não é um obstáculo para ultrapassar os momentos de tensão. Ao contrário, ela é o único caminho viável e democrático para a superação da crise.

Sobre a autora

Tarsila Ribeiro Marques Fernandes é doutora em Direito pela Radboud University, Nijmegen, Gelderland, Países Baixos; mestra em Direito Tributário pela Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil; professora da pós-graduação do Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, Brasil; procuradora federal, Brasília, DF, Brasil; assessora de ministro do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, Brasil.
E-mail: tarsilaribeirof@hotmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. Democracia defensiva: origens, conceito e aplicação prática. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 58, n. 230, p. 133-147, abr./jun. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p133

(APA)

Fernandes, T. R. M. (2021). Democracia defensiva: origens, conceito e aplicação prática. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 58(230), 133-147. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p133

Referências

ACCETTI, Carlo Invernizzi; ZUCKERMAN, Ian. What's wrong with militant democracy? *Political Studies*, [s. l.], v. 65, n. 1, p. 182-199, Apr. 2017. Supplement. DOI: <https://doi.org/10.1177/0032321715614849>.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOURNE, Angela. Why ban Batasuna?: political parties and terrorism. *Comparative European Politics*, [s. l.], v. 13, n. 3, p. 325-344, May 2015. DOI: <https://doi.org/10.1057/cep.2013.28>.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 ago. 2020.

_____. Congresso Nacional. Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 66, de 2020. *Diário do Congresso Nacional*: edição extraordinária, Brasília, DF, ano 75,

n. 25, p. 3, 12 jun. 2020a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/midias/file/2020/06/dcn.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2020.

_____. [Exposição de Motivos] nº 006/2020 CGU SG/PR. Brasília, DF: [Presidência da República], 2020b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-928-20.pdf. Acesso em: 17 ago. 2020.

_____. [Exposição de Motivos] nº 00036/2020 MEC. Brasília, DF: [Presidência da República], 2020c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-979-20.pdf. Acesso em: 17 ago. 2020.

_____. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 18 ago. 2020.

_____. Medida Provisória nº 928, de 23 de março de 2020. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, e revoga o art. 18 da Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020. Brasília, DF: Presidência da República, 2020d. [Vigência encerrada]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv928.htm. Acesso em: 18 ago. 2020.

_____. Medida Provisória nº 979, de 9 de junho de 2020. Dispõe sobre a designação de dirigentes *pro tempore* para as instituições federais de ensino durante o período da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia da Covid-19, de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Brasília, DF: Presidência da República, 2020e. [Revogada]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv979.htm. Acesso em: 18 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Portaria GP nº 69, de 14 de março de 2019. [Brasília, DF]: Supremo Tribunal Federal, 2019b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/comunicado-supremo-tribunal-federal1.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.351/DF. Constitucional e administrativo. Restrições genéricas e abusivas à garantia constitucional de acesso à informação. Ausência de razoabilidade. Violação aos princípios da publicidade e transparência. Suspensão do artigo 6º-B da Lei 13.979/11, incluído pela MP 928/2020. Medida cautelar referendada [...]. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Interessado: Presidente da República. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 30 de abril de 2020f. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753468971>. Acesso em: 17 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno: atualizado até a Emenda Regimental n. 53/2020. Brasília, DF: STF, Secretaria de Documentação, 2020g. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2020.

INQUÉRITO das fake news: STF declara constitucionalidade da portaria que instaurou investigações. Procuradoria-Geral da República: notícias, Brasília, DF, 18 jun. 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/inquerito-das-fake-news-stf-declara-constitucionalidade-da-portaria-que-instaurou-investigacoes>. Acesso em: 17 ago. 2020.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, I. *The American Political Science Review*, [s. l.], v. 31, n. 3, p. 417-432, June 1937. DOI: <https://doi.org/10.2307/1948164>.

MONTEIRO, Alessandra Pearce de Carvalho. *Democracia militante na atualidade: o banimento dos novos partidos políticos antidemocráticos na Europa*. 2015. Dissertação (Especialização em Ciências Jurídico-Políticas Menção em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/30098/2/Democracia%20militante%20na%20atualidade.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2020.

MUQSITH, Munadhil Abdul; MUZYKANT, Valerii Leonidovich. Effect fake news for democracy. *Jurnal Cita Huku*, Jakarta, v. 7, n. 3, p. 307-318, Dec. 2019. DOI: <https://doi.org/10.15408/jch.v7i3.12956>. Disponível em: <http://journal.uinjkt.ac.id/index.php/citahukum/article/view/12956/pdf>. Acesso em: 17 ago. 2020.

PERSILY, Nathaniel. The 2016 U.S. election: can democracy survive the internet? *Journal of Democracy*, [s. l.], v. 28, n. 2, p. 63-76, Apr. 2017. DOI: <https://doi.org/10.1353/jod.2017.0025>. Disponível em: <https://www.journalofdemocracy.org/articles/the-2016-u-s-election-can-democracy-survive-the-internet/>. Acesso em: 17 ago. 2020.

PGR pede nulidade de inquérito do STF que apura ameaças a ministros. *Consultor Jurídico*, [s. l.], 3 ago. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-03/pgr-nulidade-inquerito-stf-apura-ameacas-ministros>. Acesso em: 17 ago. 2020.

PLENÁRIO conclui julgamento sobre validade do inquérito sobre *fake news* e ataques ao STF. *Notícias STF*, Brasília, DF, 18 jun. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445860&ori=1>. Acesso em: 25 jul. 2020.

POPPER, Karl R. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Edusp, 1974. v. 1. (Coleção Espírito do nosso Tempo, 1).

SARMENTO, Daniel; PONTES, João Gabriel Madeira. Democracia militante e a candidatura de Bolsonaro: inelegibilidade a partir de interpretação teleológica do art. 17 da Constituição? *Jota*, [s. l.], 24 ago. 2018. Disponível em: www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/democracia-militante-e-a-candidatura-de-bolsonaro-24082018. Acesso em: 17 ago. 2020.