

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

João Antonio Da Cas Maffini

A DEMOCRACIA MILITANTE COMO REAÇÃO AO AUTORITARISMO

**Porto Alegre
2023**

João Antonio Da Cas Maffini

A DEMOCRACIA MILITANTE COMO REAÇÃO AO AUTORITARISMO

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Rodrigo Valin de Oliveira

Porto Alegre

2023

CIP - Catalogação na Publicação

MAFFINI, João Antonio
A DEMOCRACIA MILITANTE COMO REAÇÃO AO AUTORITARISMO
/ João Antonio MAFFINI. -- 2023.
55 f.
Orientador: Rodrigo VALIN DE OLIVEIRA.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) --
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade
de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais,
Porto Alegre, BR-RS, 2023.

1. DEMOCRACIA MILITANTE. 2. AUTORITARISMO. I. VALIN
DE OLIVEIRA, Rodrigo, orient. II. Título.

João Antonio Da Cas Maffini

A DEMOCRACIA MILITANTE COMO REAÇÃO AO AUTORITARISMO

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Rodrigo Valin de Oliveira

Aprovada em 10 de abril de 2023

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Rodrigo Valin de Oliveira (Orientador)

Prof. Dr. Marcus Paulo Rycembel Boeira

Prof. Dr. Henrique Montagner Fernandes

Per il segno che c'è rimasto
Non ripeterci quanto ti spiace
Non ci chiedere più com'è andata
Tanto lo sai che è una storia sbagliata

Fabrizio de André

RESUMO

O presente trabalho analisa as formas como a democracia, principalmente aquela brasileira, pode reagir às ameaças autoritárias e se proteger, conservando assim o regime democrático, ainda que se valha de meios de censura para tal. O primeiro capítulo, introdutório, traz recentes notícias que trouxeram à tona o debate da “censura partidária”, mostrando a pertinência deste estudo. O segundo capítulo analisa os pressupostos categóricos que sustentam os componentes da chamada “democracia militante”, apresentando problemas que esta noção pode trazer no plano das ideias. O terceiro capítulo busca mostrar a forma como esta discussão teórica se incorporou ao direito e foi, posteriormente, aplicada no mundo dos fatos, internacionalmente e no Brasil. Conclui-se, em termos gerais, que o banimento partidário deve ser uma medida extremamente excepcional, de última instância, sendo outros meios, menos agressivos, de tolhimento às ideologias autoritárias mais interessantes para conter eventuais ameaças à democracia.

Palavras-chave: Democracia. Autoritarismo. Partidos. Banimento.

ABSTRACT

The present work analyzes the ways in which democracy, especially the Brazilian one, can react to authoritarian threats and protect itself, thus preserving the democratic regime, even if it resorts to censorship means to do so. The first chapter, introductory, brings recent news that brought attention to the debate on "political party censorship", showing the relevance of this study. The second chapter analyzes the categorical assumptions that support the components of the so-called "militant democracy", presenting problems that this notion may bring to the level of ideas. The third chapter seeks to show how this theoretical discussion has been incorporated into law and subsequently applied to a concrete level, both internationally and in Brazil. In general terms, it is concluded that party banishment should be an extremely exceptional measure, a last resort, with other less aggressive means of restricting authoritarian ideologies being more interesting to contain potential threats to democracy.

Keywords: Democracy. Authoritarianism. Parties. Banishment.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

DEM - Democratas

Des. – Desembargador

Min. - Ministro

PCB – Partido Comunista do Brasil

Prof. – Professor

SP – São Paulo

STF – Supremo Tribunal Federal

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

PT – Partido dos Trabalhadores

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	DISCUSSÃO TEÓRICA	13
2.1	A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL PARTIDÁRIA	15
2.2	A ANTIDEMOCRACIA	19
2.3	O UNIPARTIDARISMO	21
2.4	A ANTIDEMOCRACIA NA DEMOCRACIA	22
2.5	SÍNTESE E DIFICULDADES TEÓRICAS	23
3	A EVOLUÇÃO ENTRE TEORIA E PRÁTICA	28
3.1	EVOLUÇÃO LEGISLATIVA, TEÓRICA E PRÁTICA INTERNACIONAL	28
3.2	EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NO BRASIL	33
3.3	A APLICAÇÃO À BRASILEIRA	41
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
	REFERÊNCIAS	51

1 INTRODUÇÃO

Em fevereiro de 2022, uma polêmica tomou conta da Internet brasileira: o *podcaster* Bruno Aiub, mais conhecido como Monark, então apresentador de um dos maiores podcasts da época (Flow Podcast), em entrevista com o deputado federal Kim Kataguiri (então eleito pelo DEM-SP), acabou por defender o direito à criação de um partido nazista¹.

A repercussão foi tanta que a Procuradoria Geral da República², à época, abriu apuração para ver se aquilo que ocorreu poderia ser configurado no crime de “apologia ao nazismo”, com redação na Lei 7.716/1989, que prevê reclusão de dois a cinco anos e multa para quem "fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo" (Artigo 20, § 1º).

O debate que se seguiu desenvolveu diversos questionamentos além da possível apologia ao nazismo, marcando principalmente até onde vai o limite da liberdade de expressão (tanto diretamente, aos casos em que determinado indivíduo pratica o discurso de ódio, quanto indiretamente, aos casos em que indivíduos reconhecem o direito de terceiros de praticar o discurso de ódio).

Diversos foram os juristas que, à época, se manifestaram, praticamente de forma uníssona quanto ao apoio à continuidade do banimento de um partido nazista, ainda que isso pudesse ter implicações de não se tratar de uma irrestrita liberdade de expressão. Com destaque às manifestações, os ministros Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes, ambos do Supremo Tribunal Federal (STF)³ trouxeram as seguintes manifestações em seus perfis da rede social Twitter, respectivamente:

A Constituição consagra o binômio: liberdade e responsabilidade. O direito fundamental à liberdade de expressão não autoriza a abominável e criminoso apologia ao nazismo.

¹ G1. **Aras manda investigar Kim Kataguiri e Monark por possível apologia do nazismo.**

Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2022/02/08/aras-manda-investigar-kim-kataguiri-e-monark-por-possivel-apologia-do-nazismo.ghtml>. Acessado em: 22 mar. 2023.

² G1. **PGR diz que vai apurar se Monark e deputado Kim Kataguiri fizeram apologia do nazismo na internet.** Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/02/08/pgr-diz-que-vai-investigar-se-deputado-e-influencer-fizeram-apologia-do-nazismo-na-internet.ghtml>. Acessado em: 22 mar. 2023.

³ G1. **Monark: veja repercussão de políticos e juristas após fala de influencer sobre nazismo.**

Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/02/08/monark-veja-repercussao-de-politicos-e-juristas-apos-fala-de-influencer-sobre-nazismo.ghtml>. Acessado em: 22 mar. 2023

Qualquer apologia ao nazismo é criminosa, execrável e obscena. O discurso do ódio contraria os valores fundantes da democracia constitucional brasileira. Minha solidariedade à comunidade judaica.

O alegado apoio do apresentador ao Nazismo sob o véu da “liberdade de expressão” não foi, porém, a única vez que o debate público brasileiro recente se desenvolveu na temática dos partidos que atentam contra a democracia. O governo de Jair Bolsonaro (2019-2022) por sucessivas vezes fez manifestações que colocavam dúvidas quanto à legitimidade dos processos democráticos no Brasil, notoriamente quanto à legitimidade do voto eletrônico nas eleições e sua alegada impossibilidade de auditoria.

Assim, no auge das tensões eleitorais de 2022, a sua coligação entrou com uma petição cível (Petição Cível nº 601958-94.2022.6.00.0000) ante o Tribunal Superior Eleitoral em que questionava justamente a legitimidade das urnas. A resposta do Tribunal, através da decisão posteriormente confirmada pelos demais do ministro Alexandre de Moraes⁴, resultou em uma multa de R\$ 22.991.544,60 (vinte e dois milhões, novecentos e noventa e um mil, quinhentos e quarenta e quatro reais e sessenta centavos), correspondentes a 2% (dois por cento) do valor da causa arbitrado.

Nesta decisão, o Ministro trouxe um interessante ponto quanto à finalidade e sustento dos partidos em uma democracia, entendendo que:

A total má-fé da requerente em seu esdrúxulo e ilícito pedido, ostensivamente atentatório ao Estado Democrático de Direito e realizado de maneira inconsequente com a finalidade de incentivar movimentos criminosos e anti-democráticos [sic] que, inclusive, com graves ameaças e violência vem obstruindo diversas rodovias e vias públicas em todo o Brasil, ficou comprovada, tanto pela negativa em aditar-se a petição inicial, quanto pela total ausência de quaisquer indícios de irregularidades e a existência de uma narrativa totalmente fraudulenta dos fatos.

(...)

A Justiça Eleitoral, conforme tenho reiteradamente afirmado, continuará atuando com competência e transparência, honrando sua histórica vocação de concretizar a Democracia e a autêntica coragem para lutar contra todas as forças que não acreditam no Estado Democrático de Direito. A Democracia não é um caminho fácil, exato ou previsível, mas é o único caminho e o Poder Judiciário não tolerará manifestações criminosas e antidemocráticas atentatórias aos pleito eleitoral [sic]. A Democracia é uma construção coletiva daqueles que acreditam na liberdade, daqueles que acreditam na paz, que acreditam no desenvolvimento, na dignidade da pessoa humana, no pleno emprego, no fim da fome, na redução das desigualdades, na prevalência da educação e na garantia da saúde de todos os brasileiros e brasileiras.

⁴ TSE. **TSE confirma multa de R\$ 22,9 milhões ao PL por litigância de má-fé.** Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Dezembro/tse-confirma-multa-de-r-22-9-milhoes-ao-pl-por-litigancia-de-ma-fe>. Acessado em: 22 mar. 2023.

Os Partidos Políticos, financiados basicamente por recursos públicos, são autônomos e instrumentos da Democracia, sendo inconcebível e inconstitucional que sejam utilizados para satisfação de interesses pessoais antidemocráticos e atentatórios ao Estado de Direito, à Justiça Eleitoral e a soberana vontade popular de 156.454.011 (cento e cinquenta e seis milhões, quatrocentos e cinquenta e quatro mil e onze) eleitoras e eleitores aptos a votar.

Nesta decisão, carregada por um tom discursivo pró-democracia, surgem duas reflexões aparentemente contraditórias: “como pode a democracia sustentar a continuidade de partidos, através do financiamento público, que atentem contra a própria democracia?”⁵ e, no contraponto, como pode, em nome da democracia, um Ministro punir partidos, eles próprios um sustentáculo da democracia?

O entendimento constitucional para a questão da compatibilidade no regime jurídico brasileiro entre a existência de uma democracia e a “punição partidária” é um sim. A possibilidade de punição partidária é tão grande que é possível, inclusive, a extinção do registro de partidos políticos.

A Constituição Federal, em seu artigo 17, traz que 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”. Nesta redação, percebe-se que é resguardado o comprometimento de qualquer partido com o “regime democrático” e o “pluripartidarismo”, afastando do jogo democrático todos aqueles que não compactuam com a própria democracia.

A presente monografia busca estudar, justamente, estas aparentes contradições: como pode a democracia se valer de práticas usualmente antidemocráticas (como o banimento partidário) para sobreviver? Existe um substrato jurídico que permita isso?

Para chegar à resposta, a pesquisa se divide na definição dos pressupostos categóricos que constituem a questão da proibição partidária, passando aos problemas filosóficos e jurídicos que surgem a partir destes conceitos. Analisada a problemática no plano das ideias, analisa-se a forma como esta discussão é pertinente na realidade: avalia-se a evolução histórica da proibição partidária (seja como teoria, seja como norma) e a sua aplicação prática.

⁵ JOTA. **Pode um partido financiado publicamente atentar contra o regime democrático?** Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pode-um-partido-financiado-publicamente-atentar-contr-o-regime-democratico-28112022>. Acessado em: 22 mar. 2023

A condução da pesquisa se dá, quase que exclusivamente, a partir de pesquisa bibliográfica (livros e artigos científicos referenciados), com referências também a julgados e legislação.

A partir destas referências, extraem-se premissas que conduzem à conclusão, por método dedutivo.

2 DISCUSSÃO TEÓRICA

Em seu artigo lançado em 1955, “Essentially Contested Concepts”⁶, W. B. Gallie é categórico ao afirmar que “nós encontramos grupos de pessoas discordando sobre o correto uso de conceitos, por exemplo, de arte, de democracia, de tradição cristã”, continuando que “ao examinar os diferentes usos destes termos e das discussões características em que eles estão inseridos, logo percebemos que não há uma definição geral e clara que possa ser tida como a correta ou padrão”. Tratam-se de conceitos, conclui o autor, que variam de acordo com as inclinações específicas de movimentos, escolas, grupos políticos e partidos.

São os chamados “conceitos essencialmente contestados”, noção cuja compreensão é fundamental para a análise de qualquer contradição, real ou aparente, que ocorre no âmbito jurídico. Por vezes, estes conceitos significam inclusive coisas aparentemente opostas (democracia e ditadura, liberdade e fascismo). Neste sentido, Antônio de Sampaio Dória:

Começemos, para isto, por definir as palavras mestras. (...) É bem de ver que, quando a mesma palavra traduz, na linguagem corrente, realidades heterogêneas, não é possível definir essa palavra, ou, pelo menos, dar-lhe uma só definição. (...) Liberdade, ora é direito próprio do homem, como hoje, nos Estados Unidos; ora é outorga de um ditador, como na Itália fascista; aqui é quase onipotência, como nas demagogias; ali, é poder limitado pelo direito, como nas democracias⁷.

Não existe, portanto, uma definição padronizada que abarque todas as particularidades e desdobramentos do que é “democracia”: este conceito, assim como vários dos “conceitos essencialmente contestados”, variam. Ainda que variem algumas particularidades conceituais, existem balizas que guiam estas categorias e elas estão abundantemente presentes no meio jurídico brasileiro.

Sob uma ótica menos filosófica da dificuldade conceitual de democracia e mais pragmática, aponta Manoel Gonçalves Ferreira Filho que a democracia moderna se inspira em dois valores⁸: liberdade e igualdade. Aponta o autor que cada um destes

⁶ GALLIE, Walter Bryce. *Essentially Contested Concepts*. **Meeting of the Aristotelian Society**, Londres, mar. 1956. p. 168.

⁷ SAMPAIO DÓRIA, Antônio de. **Direito Constitucional: Curso e Comentários à Constituição**. 3. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional. 1953. p. 35.

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. p. 99.

valores traz consigo, dependendo de quem os define, uma vasta gama de “valores secundários”.

Ainda de acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁹, a realidade traz sistemas guiados pela liberdade (democracia liberal), sistemas guiados pela igualdade (democracia marxista) e sistemas valorativos mistos (democracia social). Em seu princípio, a democracia brasileira incorporou valores guiados pela liberdade, herança do republicanismo americano, e gradualmente deu mais espaço à igualdade (adenda o autor, porém, que no Brasil ainda reina o valor da liberdade). A Constituição de 1988 e suas inúmeras garantias sociais atestam, ao menos em tese, esta tendência. Conclui-se:

Essa concepção providencialista é que vivifica hoje a democracia representativa em geral e a brasileira em particular. Daí decorre coexistirem nela a liberdade-autonomia (os direitos individuais) com a liberdade-participação (sufrágio e elegibilidade “universais”), a isonomia com a igualdade de oportunidades (propugnada na ordem econômica e social)¹⁰.

Na medida em que a democracia se consolida além da mera indicação de governantes, mas como um complexo sistema (Estado Democrático de Direito) que busca garantir a sua autopreservação, a questão valorativa representa um importante desdobramento de direito. Se levarmos em conta que os direitos subjetivos são uma consequência das garantias dos direitos objetivos, uma democracia normativamente inclinada à liberdade gerará reflexos e garantias significativamente diferentes de uma democracia normativamente inclinada à igualdade.

Não subsiste, então, a noção de uma “democracia neutra”, de instituições não valorativas e plenamente imparciais. O que subsiste, a partir das alterações advindas do processo político, é a possibilidade das demandas da população gerarem uma mudança valorativa da democracia de um determinado país. Retoma-se a transição de democracia liberal para democracia social no Brasil: ambas eram uma democracia brasileira, mas valorativamente diversas.

Conclui-se então que esta mudança valorativa, dentro da democracia, passa invariavelmente pela representação popular e partidos.

⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. p. 99-101.

¹⁰ Ibidem. p. 101.

2.1 A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL PARTIDÁRIA

Conforme definição de Antônio de Sampaio Dória¹¹, na base de qualquer democracia estão presentes três princípios: eleição dos governantes pelos governados, acordo dos governados no modo como os governantes exercem o poder público e a responsabilidade dos governantes perante os governados.

Trata-se de um conjunto de balizas que guiam o jogo democrático, de forma que diferentes formas de eleição, diferentes acordos entre governantes e governados e diferentes formas de responsabilização ainda podem ser igualmente democráticas.

É um processo que, normalmente, funciona de forma dialética: os governados elegem governantes que melhor os representem; o acordo dos governados com os governantes é consistentemente alterado pelos governantes, que representam de forma indireta os governados; e, havendo excessos por parte dos governantes, o próprio acordo entre os governantes e governados prevê formas de responsabilização destes governantes.

Este processo leva, como engrenagem central, os partidos políticos, que nada mais são que “a entidade formada pela livre associação de pessoas, com organização estável, cujas finalidades são alcançar e/ou manter de maneira legítima o poder político-estatal e assegurar, no interesse do regime democrático de direito, a autenticidade do sistema representativo, a alternância no exercício do poder político, o regular funcionamento do governo e das instituições políticas, bem como a implementação dos direitos humanos fundamentais”¹².

O seu funcionamento, portanto, é de intermediar as demandas sociais e a efetiva ação estatal. Em contraposição com as outras formas de transformar demanda social em resultado fático, como nas rebeliões e revoluções, os partidos dentro da democracia buscam evitar rupturas, criando uma mudança gradual e controlada, dentro dos seus próprios limites. Conforme assinala Yáñez e Navarro¹³, “são instrumentos de integração social e de conversão das tensões sociais em decisões políticas; híbridos intermediários entre a sociedade e a estrutura institucional”.

¹¹ SAMPAIO DÓRIA, Antônio de. **Direito Constitucional: Curso e Comentários à Constituição**. 3. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional. 1953. p. 460.

¹² GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 16. ed. São Paulo: Grupo Editorial nacional. 2020. p 198.

¹³ “Son instrumentos de integración social y de conversión de las tensiones sociales en decisiones políticas. Unos híbridos a medio camino entre la sociedad y el entramado institucional”. Ibidem. p 198. Yáñez e Navarro (2019, p. 44, 103) apud José Jairo Gomes (tradução nossa).

Ainda, a noção de “acordo entre governantes e governados” sob uma legislação escrita, pode ser compreendida sob uma perspectiva ampla, que inclui todo o conjunto normativo existente ou, quanto à legislação que delimita a relação específica dos governantes e dos governados, de forma estrita, temos o “direito eleitoral”, que especifica a condução dos regimes eleitorais.

Retomando a noção de “conceitos essencialmente contestados”, vale apontar o autor argentino Jorge Reinaldo A. Vanossi que, ao analisar as premissas básicas dos sistemas eleitorais, propõe que existem, em resumo, quatro pontos intrínsecos¹⁴: o caráter não perpétuo dos regimes eleitorais, a inexistência de sistemas infalíveis, o fato que o regime eleitoral é instrumental e, finalmente, que não existe neutralidade em qualquer sistema eleitoral.

Justamente por se tratar de uma questão dialética que busca uma alteração da sua condição em si mesma (e, portanto, instrumental), entende-se que a democracia moderna, essencialmente partidária, é um processo em constante mudança (não perpétua). Ressalta-se o termo “mudança” no lugar de “evolução” ou “aperfeiçoamento”: da mesma forma que determinada medida política pode ser danosa para determinados grupos, pode também, ao mesmo tempo, ser extremamente positiva para outros grupos (não neutro); da mesma forma que uma determinada medida política pode gerar um aumento na participação popular quanto às decisões, outra medida pode gerar o caos social ou, ainda, cassar todos os demais partidos e acabar, efetivamente, com a democracia (falibilidade).

Em resumo, por serem a democracia e seus componentes parte de um processo social, influenciada por uma infinidade de variáveis que se influenciam entre si, não existe uma só receita para o sucesso e que funcione para todos: a solidez da democracia inglesa e americana, com suas tradições bipartidárias, não coloca em xeque a solidez da democracia francesa, com sua grande multiplicidade partidária.

Mais que uma necessidade quantitativa (quanto mais, melhor), trata-se de uma necessidade qualitativa (bons, ainda que poucos), de forma que dois sujeitos que discutem de forma saudável são mais construtivos que dezenas de sujeitos que discutem, discutem e não chegam a lugar algum. Existe, aqui, um porém, que será devidamente discutido a seguir: é preciso que existam, pelo menos, dois sujeitos (neste caso, partidos), que discutam; menos que isso, num contexto unipartidário,

¹⁴ VANOSSO, Jorge Reinaldo. **Estado de derecho**. 4. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2008. p. 356.

havendo só uma voz que dita o que é certo e errado, sem contrapontos, perde-se a democracia.

Este sistema, como aponta Manoel Gonçalves Ferreira Filho, não é perfeito e a ele cabem críticas. O autor aponta em sua crítica, centralmente, a diferença entre os programas partidários e aquilo que efetivamente podem fazer:

Portanto, o partido consciente de seu próprio interesse eleitoral tem de estabelecer o seu programa em torno de generalidades e questões de princípio que agradam e atraem, e nunca em função de opções que desagradam e geram oposição. Daí darem eles, em seus programas, preferência a questões abstratas e ideológicas, as quais, o mais das vezes, nada significam para a solução de problemas concretos¹⁵.

As críticas à democracia e sua realidade material em cada país é algo que faz bem à própria democracia, pela sua característica dialética e instrumental. Aliás, a evolução democrática passou por esse processo de constante reforma de suas instituições.

Vale um adendo ao fato que a democracia (ao menos aquela constitucional) é um fenômeno relativamente recente, levando a crer que as críticas construtivas só a tornaram surpreendentemente resiliente ao longo deste lapso de tempo:

(...) o homem pode modelar o Estado segundo princípios racionais, estabelecendo para este uma (nova) Constituição. Nova Constituição forçosamente consagrada num documento escrito. A Constituição escrita apresenta como novidade fundamental essa crença na possibilidade de, pondo-se de parte a organização costumeira do Estado, dar-se ao mesmo uma estrutura racional inspirada num sistema preconcebido. Ora, essa crença, se pode ter apontado cá ou lá anteriormente, só se difundiu e ganhou o público na segunda metade do século XVIII, triunfando com a Revolução de 1789¹⁶.

Em conclusão, o problema da “antidemocracia” não está de forma alguma em criticar a democracia, uma vez que a crítica é saudável. O problema subsiste na forma como a crítica é realizada.

Retomando o autor que abriu o presente subtópico apresentando três pilares da democracia, Sampaio Dória também apontou as três condições essenciais para uma lei democrática que fixe bases organizacionais e funcionais de partidos políticos¹⁷: (i) a proibição da existência de partidos contrários ao direito, (ii) a proibição

¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. p. 96.

¹⁶ *Ibidem*. p. 35.

¹⁷ SAMPAIO DÓRIA, Antônio de. **Direito Constitucional: Curso e Comentários à Constituição**. 3. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional. 1953. p. 341-342.

dos partidos que busquem confluir a democracia em um sistema de partido único e, (iii) a limitação dos partidos às formas legítimas da lei.

Os dois primeiros pontos são especialmente importantes para o tema em discussão: o primeiro busca a vedação de um partido que pragmaticamente seja contrário ao direito objetivo de forma ampla (argumenta o autor que a ditadura fascista e a ditadura do proletariado aqui se encaixam), enquanto o segundo busca evitar que partidos pavimentem seus caminhos aos governos e, uma vez ali, destruam este mesmo caminho, evitando o acesso ao poder pelos demais.

No primeiro ponto, temos a antidemocracia mais ampla, que ataca as instituições democráticas como um todo e sequer acreditam nas “regras do jogo” que jogam: a ordem institucional democrática burguesa-liberal será desprezada pelos comunistas pela sua característica burguesa, ao passo que será desprezada pelos fascistas pela sua característica liberal¹⁸.

No segundo ponto, há um aparente seguimento das “regras do jogo”, mas cuja finalidade não é a representação popular, mas sim garantir uma consolidação inatingível no poder.

Como bem aponta José Gomes Canotilho, o que entendemos “constitucionalismo” está essencialmente em compatibilidade com a ordem institucional burguesa-liberal, em que:

(a) a constituição deve consagrar um sistema de garantias da liberdade (esta essencialmente concebida no sentido do reconhecimento de direitos individuais e da participação dos cidadãos nos actos do poder legislativo através dos parlamentos); (b) a constituição contém o princípio da divisão de poderes, no sentido de garantia orgânica contra os abusos dos poderes estaduais¹⁹;

Esta limitação do poder estatal que garante a liberdade individual é fruto de um processo histórico ideologicamente motivado, algo que muitas vezes é ignorado pelo quão normalizada é a democracia²⁰, conforme segue:

A ideia constitucional deixa de ser apenas a limitação do poder e a garantia de direitos individuais para se converter numa ideologia, abarcando os vários domínios da vida política, económica e social (ideologia liberal ou burguesa). Por isso se pôde afirmar já que o constitucionalismo moderno é, sob o ponto de vista histórico, um «produto da ideologia liberal».

¹⁸ SAMPAIO DÓRIA, Antônio de. **Direito Constitucional: Curso e Comentários à Constituição**. 3. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional. 1953. p. 342.

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina. 1993. p. 62-64.

²⁰ Ibidem. p. 64.

Sendo a democracia, então, fruto de um processo histórico que busca garantir o indivíduo, e sua representação, perante o Estado, as formas de antidemocracia negam alguma, ou múltiplas, bases essenciais da democracia.

Vale, aqui, um importante adendo quanto à já apontada “dificuldade conceitual”: na mesma medida em que Manoel Gonçalves Ferreira Filho aponta possuir a democracia uma “dualidade valorativa” (liberdade, na democracia liberal, e igualdade, na democracia marxista), aponta Canotilho que a democracia constitucional é intrinsecamente liberal. Ainda, coadunando as noções de Canotilho com as de Kelsen (que entendia que invariavelmente a Constituição em situações de partido único perdia seu valor constitucional e, portanto, perdia seu caráter democrático, algo que ele associa historicamente aos marxistas russos) parece falho o conceito de “democracia marxista” de Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

Trata-se, não de falha conceitual, mas de uma questão semântica que mais uma vez denota a grande gama de significados que a democracia traz consigo. De qualquer maneira, porém, os argumentos de Canotilho e de Ferreira Filho levam à conclusão que a democracia carrega, dentro de seu substrato, valores, invariavelmente não sendo completamente neutra ou imparcial (“neutro” e “imparcial”, estes também, termos de amplíssima definição, como aponta Carl Schmitt²¹) quanto à forma como lida com fatos sociais.

2.2 A ANTIDEMOCRACIA

No livro "How Democracies Die", de Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, os cientistas políticos apontam que a democracia "morre" tipicamente de duas formas²²: "na mão de homens com armas" e "na mão de, não generais, mas líderes eleitos".

A primeira, usualmente associada a golpes de Estado, escapa do escopo da presente dissertação, uma vez que trata de uma ruptura excessivamente abrupta, que não traz uma roupagem democrático-constitucional. É a segunda modalidade que aqui nos interessa, por ela se preocupar em corromper as instituições vigentes em

²¹ SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey Ltda. 2007. pg. 161-167.

²² “This is how we tend to think of democracies dying: at the hands of men with guns. (...) Democracies may die at the hands not of generals but of elected leaders”. LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **How Democracies Die**. 1. ed. Nova Iorque: Penguin Random House LLC. 2018. pg. 3 (tradução nossa).

benefício próprio: a presente dissertação busca, justamente, explorar as formas que estas mesmas instituições podem se proteger contra tais tentativas de corrupção. Quanto a este processo, escrevem Levitsky e Ziblatt:

É menos dramática, mas igualmente destrutiva. Democracias podem morrer nas mãos não de generais, mas de líderes eleitos - presidentes ou primeiros-ministros que subvertem o processo que os levou ao poder. Alguns líderes desmantelam a democracia rapidamente, como Hitler fez a partir do incêndio no Reichstag de 1933 na Alemanha. Mais comumente, porém, democracias se desgastam lentamente, em passos quase invisíveis²³.

Se, sob uma ótica dicotômica, temos de um lado a democracia, no outro lado temos a autocracia (que, aqui, serve de análogo à antidemocracia, ditadura e totalitarismo; termos estes que, ainda que com sutis diferenças entre si para alguns autores, servem para a finalidade de contrapor a democracia liberal plena). Ocorre que estas categorias compreendem extremos, deixando sem definição toda a zona de meio que compreende os regimes intermediários, chamados de “regimes híbridos”. Ao definirem o regime húngaro de Órban, típico exemplo de “democracia iliberal” dentro do espectro dos “regimes híbridos”, definem András Bozóki e Dániel Hegedüs:

Temas como democracia e ditadura não são uma questão de «ou um ou outro»; é mais apropriado descrevê-los como formando um contínuo. Nas duas extremidades opostas da escala situam-se as democracias liberais e os regimes totalitários. (...) as democracias defeituosas são sistemas políticos em permanente mudança e hibridização, em que não existem regras fixas ou quaisquer garantias de manutenção do que resta das instituições políticas democráticas²⁴.

Existe, portanto, dentro destes regimes de “zona cinzenta”, uma possibilidade institucional de democratização ou autocratização. Este processo, naturalmente, passa pela erosão, ou fortalecimento, de todas as instituições que dão sustentáculo à democracia, o que comumente envolve a legitimidade e confiança no processo eleitoral (eleições confiáveis, no oposto de eleições fraudadas) e da devida representação popular (uma gama suficientemente variada de opções de possíveis representantes que podem de fato representar os votantes).

²³ “It is less dramatic but equally destructive. Democracies may die at the hands not of generals but of elected leaders - presidents or prime ministers who subvert the very process that brought them to power. Some of these leaders dismantle democracy quickly, as Hitler did in the wake of the 1933 Reichstag fire in Germany. More often, though, democracies erode slowly, in barely visible steps”. LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **How Democracies Die**. 1. ed. Nova Iorque: Penguin Random House LLC. 2018. pg. 3 (tradução nossa).

²⁴ BOZÓKI, András; HEGEDÜS, Dániel. **Um Regime Híbrido com Limitações Externas: A Hungria na União Europeia**. *Relações Internacionais*, Setembro, 2017, Nº 55. ISSN 1645-9199. Disponível em: <https://doi.org/10.23906/ri2017.55a06>. Acesso em: 23 mar. 2023. p. 99.

Retomando as condições de existência de partidos, de Sampaio Dória, a erosão institucional se encaixa no grupo dos “partidos contra direitos”.

2.3 O UNIPARTIDARISMO

Quando a Constituição traz que não se pode criar, fundir, incorporar ou extinguir partidos que vão contra o regime democrático e o pluripartidarismo²⁵ é, em certa medida, redundante. Redundante porque a negação à pluralidade partidária (isto é, permissão de existência de vários partidos) dos que prometem um regime unipartidário é, por si só, uma negação da democracia.

Neste ponto, requer-se cuidado: o bipartidarismo americano de forma alguma se enquadra em um sistema que ataca os a noção de pluripartidarismo por permitir a existência de outros partidos e por permitir, dentro de seus respectivos dois partidos de relevância, uma ampla gama de opiniões diversas.

De qualquer maneira, aponta Hans Kelsen²⁶, os sistemas de partido único (tratados pelo autor como sinônimo de “ditadura partidária”) criam uma situação em que todo o jogo democrático perde seu valor por estar essencialmente calcado na divergência de opiniões. Nesta situação, o processo legislativo deixa de ser um ponto intermediário entre as vozes antagonistas do parlamento, mas passa a ser o parlamento um mero “legitimador” do que exigem as lideranças do partido.

Nas ditaduras partidárias, entre as quais cita Hans Kelsen²⁷ a Rússia de Stalin e o Fascismo de Mussolini, a separação dos poderes é gravemente vitimada: na prática, a direção partidária concentra a representação Executiva e a indicação Legislativa. Neste processo, aponta Kelsen, tem-se a completa supressão das liberdades individuais, uma vez que as vontades do partido suprimem qualquer atuação judiciária efetivamente independente: altera-se a norma, afastam-se juízes contrários ao que quer o partido e, em última instância, está também submisso o Judiciário²⁸.

²⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República. Artigo 17. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 mar. 2023.

²⁶ KELSEN, Hans. **General Theory of Law & State**. 2. ed. Novo Brunswick: Transaction Publishers. 2007. p. 301.

²⁷ Ibidem. p. 302.

²⁸ Ibidem. p. 302.

Neste processo, não restam muitas dúvidas que deixa de subsistir o próprio valor da Constituição (retoma-se a noção que o banimento partidário busca banir partidos que ameacem a Constituição), conforme Kelsen aponta:

Já que a criação e a aplicação da lei estão completamente nas mãos do partido governante, é pouco significativo o fato que a Constituição italiana se apresenta como uma monarquia hereditária, ou que, na constituição das três ditaduras partidárias [em referência ao nazismo, ao fascismo e ao bolchevismo], existam parlamentos popularmente eleitos e até algumas outras instituições democráticas como os plebiscitos²⁹.

Cria-se, portanto, um Estado totalitário, em que há uma identidade entre a ideologia do partido e a ideologia do Estado, bem como de todo o conjunto legal existente³⁰. Importante retomar, então, que a identidade de ideologia do partido com a ideologia do Estado, nestes casos, desconstitui a ideologia liberal que o Constitucionalismo prevê³¹: ainda que em roupagem constitucional e democrática, perde-se a democracia.

Assim, não restam dúvidas que, sendo os partidos um instrumento de representação das vontades populares, o estreitamento deste leque representativo representa um ataque à representatividade como um todo. Trata-se, portanto, de uma medida tipicamente antidemocrática.

2.4 A ANTIDEMOCRACIA NA DEMOCRACIA

Retomando as noções anteriormente trazidas, surge a natural conclusão de que uma democracia que permita a cassação de partidos ou o banimento de determinadas ideologias está limitando a representação de parcelas (ainda que extremistas) na sociedade, sendo ela própria antidemocrática neste ato.

A aparente contradição entre “democracia pluripartidária” (e, portanto, em alguma medida permissiva às críticas) e “proibição partidária àqueles que vão contra a democracia pluripartidária” não escapou dos olhos de Pontes de Miranda, que comentou quando da introdução deste instrumento na Constituição de 1946:

²⁹ “Since both the creation and application of law are entirely in the hands of the ruling party, it is without significance that the Italian constitution countenances hereditary monarchy, or that, according to the constitutions of all the three party dictatorships, there are popularly elected central parliaments and even certain other democratic institutions such as plebiscites”. KELSEN, Hans. **General Theory of Law & State**. 2. ed. Novo Brunswick: Transaction Publishers. 2007. p 302 (tradução nossa).

³⁰ Ibidem. p. 303.

³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina. 1993. p. 62-64.

Não deixa de haver certa contradição entre a não-admissão de partido que pregue a unipartidariedade [sic], ou pregue o Estado patriarcal, que cerceie a liberdade, e a permissão de emenda à Constituição que estabeleça aquela, ou êsse [sic]³².

Conforme será discorrido neste tópico, porém, trata-se de contradição meramente aparente.

2.5 SÍNTESE E DIFICULDADES TEÓRICAS

A hipótese da democracia que pavimenta o caminho ao autoritarismo já se provou na história. Exemplo clássico de que partidos antidemocráticos podem raptar as instituições vigentes, subvertendo-as em uma base ditatorial, aconteceu na Alemanha de Weimar, que deu, em certa medida as bases para a Alemanha Nazista.

Ocorre que, paradoxalmente, ainda que a legislação de determinado país preveja o comprometimento com a democracia e suas instituições, elas ainda podem dar brecha para o surgimento de ditaduras. Nesta senda, é possível encontrar um paralelo ao paradoxo da tolerância, de Karl Popper, que defende que a tolerância ilimitada gera o desaparecimento da tolerância. Nesta passagem do livro *The Open Society and Its Enemies*, o autor entende que a concessão de tolerância ilimitada inclusive aos intolerantes abre espaço para que a intolerância tome conta da sociedade, causando extinção de qualquer tolerância real. O entendimento paralelo, por extensão, implica que o espaço democrático para a antidemocracia geraria a extinção do espaço democrático. Segue o excerto:

Menos conhecido é o paradoxo da tolerância: tolerância ilimitada deve conduzir ao desaparecimento da tolerância. Se estendermos tolerância ilimitada inclusive aos que são intolerantes, se não estivermos preparados para defender a sociedade tolerante contra o ataque do intolerante, então o tolerante será destruído, e a tolerância com eles. – Nesta formulação, eu não implico, enfim, que devemos sempre suprimir a expressão de filosofias intolerantes; enquanto pudermos contrarrazoar elas pelo argumento racional e manter elas sob o controle da opinião pública, supressão seria certamente o menos correto³³.

³² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi. 1960, p. 486-487.

³³ “Less well known is the paradox of tolerance: Unlimited tolerance must lead to the disappearance of tolerance. If we extend unlimited tolerance even to those who are intolerant, if we are not prepared to defend a tolerant society against the onslaught of the intolerant, then the tolerant will be destroyed, and tolerance with them.—In this formulation, I do not imply, for instance, that we should always suppress the utterance of intolerant philosophies; as long as we can counter them by rational argument and keep them in check by public opinion, suppression would certainly be most unwise”.

Ainda que o tal “paradoxo de tolerância” não tenha sido tão amplamente trabalhado no livro (trata-se de uma nota de rodapé), o tema foi bastante revisitado e amplamente debatido ao longo do século XX. Entende-se, portanto, que o sistema brasileiro é incisivo contra partidos abertamente antidemocráticos, mas está vulnerável àqueles que, com roupagem democrática, ameaçam a democracia: trata-se de uma “democracia defensiva”, que pode não conseguir reagir em tempo às ameaças mais perigosas.

Na prática, porém, o banimento de partidos que não são abertamente antidemocráticos precisaria de um controle judiciário que os julga “antidemocráticos” e os declare ilegais. Neste ponto, o maior problema é o conceitual, de “tolerante” e “intolerante”, ou “democrático” e “antidemocrático”, que são por si só bastante complicados: a partir de qual ponto ou em que medida um partido se torna “antidemocrático” ou a partir de qual ponto o tolerante se torna intolerante são questões menos objetivas e dependem de uma análise subjetiva.

O julgador que realize tal análise subjetiva, como sujeito que é, cairia no grave (e provável) risco de deixar suas inclinações ideológicas e políticas influenciarem no que entende como “antidemocrático” ou “intolerante”, ainda que sutilmente. Isso ocorre porque os conceitos são, em maior ou menor medida, preenchidos pelas noções de quem os utiliza. Conceitos como “liberdade”, “democracia” ou “tolerância” são dos que permitem uma menor densidade conceitual e o momento histórico, as experiências e as convicções do interlocutor influem fortemente no seu significado.

Apenas para exemplificar o quão forte é a amplitude de “tolerância”, vale nota ao filósofo John Locke, que defendia que a negativa à existência de Deus era, por si só, algo que não deveria ser tolerado, uma vez que Deus seria a base de segurança e santidade por trás das promessas e contratos. Segue:

[...] os que negam a existência de Deus não devem ser de modo algum tolerados. As promessas, os pactos e os juramentos, que são os vínculos da sociedade humana, para um ateu não podem ter segurança ou santidade, pois a supressão de Deus, ainda que apenas em pensamento, dissolve tudo. Além disso, uma pessoa que solapa e destrói por seu ateísmo toda religião não pode, baseado na religião, reivindicar para si mesma o privilégio de tolerância³⁴.

POPPER, Karl. **The Open Society and Its Enemies**. 2. ed. Londres: Butler & Tanner Ltd. 1947, p. 226 (tradução nossa).

³⁴ LOCKE, John. **A Letter Concerning Toleration**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 23-24.

No mundo ocidental contemporâneo, e em países que dele bebem sua cultura filosófica e jurídica, parece bastante absurda a ideia de que o ateísmo representa “intolerância”. Frequentemente, ao contrário, associa-se o fundamentalismo religioso à intolerância.

Outro interessante exemplo desta dificuldade conceitual é o debate envolvendo o aborto. Se de um lado os defensores do aborto entendem ele como um direito da mulher de decidir o que fazer com seu corpo e uma questão de saúde pública, aqueles contrários ao aborto frequentemente sustentam que é uma forma de assassinato e, portanto, não poderia ser justificado.

O ato, na concretude, é o mesmo: a interrupção de uma gravidez e o término do desenvolvimento fetal. A forma como aquilo é analisado e as emoções que aquele processo desperta são diuturnamente diferentes.

No caso do banimento partidário, o problema conceitual é particularmente profundo por representar a ameaça de uma eventual invasão do judiciário na representação política e, portanto, uma ameaça aos demais poderes (Executivo e Legislativo), que encontram sua base de legitimação direta no voto.

A hipotética situação de um corpo de juízes em conluio, movido por finalidades políticas, apoiando-se no ceticismo radical que conceitua “antidemocrático” como todo e qualquer partido que vá contra as afinidades políticas dos magistrados, surgiria a sujeição do regime democrático a arbitrariedades judiciais.

Porém, é um cenário excessivamente hipotético, que ignora que qualquer corpo normativo está sujeito à forma como será utilizado, concretamente, pelos indivíduos que por ele são afetados.

Ainda que pareça óbvio este ponto, é importante ressaltar esta dissociação entre o mundo dos fatos e o mundo normativo-institucional por, pelo menos, duas razões intimamente relacionadas: (i) a legitimidade de um governo, e em senso mais amplo todo o corpo institucional, é consequência do consentimento em ser governado e, (ii) em momentos de graves crises, demagogos atacam justamente esta “legitimidade” para causar rupturas institucionais³⁵.

Quanto à primeira razão, deve-se notar que o “consentimento em ser governado” está sujeito a um processo dialético que não acontece de um dia para o outro. Da mesma forma que instituições funcionais sedimentam maior confiança da

³⁵ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **How Democracies Die**. 1. ed. Nova Iorque: Penguin Random House LLC. 2018. p. 18-19.

população no sistema como um todo e garantem, ao menos em um primeiro momento³⁶, a vontade em perpetuá-la, o contrário também é verdade: instituições “fracas” e duvidosas estão sujeitas a maior escrutínio dos tais governados.

Por vezes, e aqui entra o segundo ponto, pontos formais das instituições presentes em um país podem ser normativamente bem elaborados, mas o mundo fático não permite que esta qualidade seja praticada: corrupção, crises econômicas e tensões políticas, ou até mesmo pressões estrangeiras (como embargos e propaganda) podem tornar insustentáveis instituições teoricamente boas e funcionais.

Por esta razão, tipicamente, as grandes rupturas de regime encontram seu substrato em situações caóticas (ou que, por ação propagandista e midiática, assim parecem).

Entender este ponto é fundamental para a compreensão que os meros conceitos e categorias jurídicas, infelizmente, não são capazes de salvar, por si só, a democracia. Da mesma forma que um Judiciário completamente corrupto pode dar qualquer interpretação para qualquer lei (inclusive no que tange ao banimento partidário), pode um Legislativo completamente desvirtuado num piscar de olhos criar e alterar leis absurdas, bem como pode um Executivo completamente autoritário causar grandes estragos através de decretos. Estes poderes completamente deturpados, porém, são consequência de uma sequência de falhas institucionais e jurídicas, eles não surgem do nada. Pensar neste cenário distante como ponto de partida, portanto, pouco serve: é difícil remediar o paciente em estado terminal.

A partir desta compreensão, a melhor legislação (não perfeita ou “ideal”, pois o platonismo idealista representa por si só um perigo) deve neutralizar ao máximo a ascensão de figuras que ameacem a democracia e, na eventualidade destas figuras garantirem seu espaço, deve conseguir expurgar elas do sistema político.

Aqui, em resumo, temos um conflito de garantias (e, portanto, de direitos) que se desdobram de princípios constitucionais (retomando, aqui, o caráter valorativo democrático), e que como tal deve ser resolvido. Ora, trazem as constituições liberais, dentre elas a brasileira, que o poder emana do povo, exercido por meio de

³⁶ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **How Democracies Die**. 1. ed. Nova Iorque: Penguin Random House LLC. 2018. p. 20.

representantes³⁷, estendendo uma positivação do princípio da liberdade³⁸, que se desdobra, entre outros, nos direitos à liberdade associativa³⁹ e à liberdade às convicções políticas⁴⁰.

Aponta a doutrina como solução para estes casos a aplicação do Princípio da Proporcionalidade (regra que serve para a interpretação do direito, como se faz no presente tópico, e para a aplicação do direito, como se fará no tópico seguinte⁴¹). Segue:

A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito - no que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais -, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma restrição às restrições. Para alcançar esse objetivo, o ato estatal deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Esses três exames são, por isso, considerados como sub-regras da regra da proporcionalidade⁴².

O exame que se realiza passa por restringir que o Estado restrinja excessivamente a existência partidária (sob o risco de atentar em demasia contra o pluripartidarismo e suas liberdades), bem como restringir que o Estado seja permissivo quanto às restrições invariavelmente causadas pela ascensão dos partidos antidemocráticos.

Afasta-se, portanto, a ideia de que aqui temos uma positivação “contraditória”. O que se tem é uma positivação de baixa densidade que dá, para o aplicador, a possibilidade de avaliar a situação fática e razoar, no caso concreto, qual dos direitos está sob maior ameaça.

³⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República. Artigo 1º, V, parágrafo único. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 mar. 2023.

³⁸ Ibidem. Artigo 5º, caput.

³⁹ Ibidem. Artigo 5º, incisos XVII, XVIII, XIX, XX e XXI.

⁴⁰ Ibidem. Artigo 5º, inciso VIII.

⁴¹ DA SILVA, Virgílio Afonso. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, v. 798. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 23.

⁴² Ibidem. p. 24.

3 A EVOLUÇÃO ENTRE TEORIA E PRÁTICA

Sendo o Direito um reflexo do legislador sobre a experiência social, percebe-se que a restrição que aqui se trata surge no contexto da ascensão e consolidação de regimes autoritários na Europa e seus reflexos naquela sociedade. Foi neste contexto que pensadores buscavam encontrar as causas que deram origem àquela situação e mitigar as possibilidades de consolidação daqueles regimes.

Este ponto é fundamental, uma vez que a positivação marca a ponte que liga os pressupostos categóricos (já amplamente apontados) e a condição fática prévia (o contexto histórico-social, que ocasiona a necessidade de resposta normativa) com a condição fática posterior (resultado da aplicação da norma, mostrando como o mundo dos fatos efetivamente reagiu àquela inovação legislativa).

3.1 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA, TEÓRICA E PRÁTICA INTERNACIONAL

A ideia de que partidos contrários ao regime democrático não podem participar do jogo democrático remonta, pelo menos, a 1937, quando o constitucionalista alemão Karl Loewenstein publicou “Democracia de militância e direitos fundamentais”⁴³.

Loewenstein, alemão e judeu, trouxe esta preocupação no contexto de ascensão do regime nazista na Alemanha, razão que o fez emigrar para os Estados Unidos. Neste sentido, Tarsila Ribeiro Marques Fernandes explica:

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

⁴³ FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. **Democracia defensiva: origens, conceito e aplicação prática**. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 58, n. 230, 2021. p. 134. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p133. Acesso em: 23 mar. 2023.

instituições democráticas, em especial em virtude da tolerância democrática⁴⁴.

Deve-se apontar que o autor, antes de desenvolver uma teoria de democracia defensiva, fez uma análise de algo que já estava acontecendo de forma espontânea em diversos países:

Antes de realizar considerações mais sistemáticas sobre a legislação antifascista na Europa, recentes desenvolvimentos [legislativos] em diversos países podem ser analisados como ilustrando o que uma democracia militante pode atingir contra o extremismo subversivo quando a vontade de sobreviver é aliada às medidas adequadas para o combate às técnicas fascistas⁴⁵.

Loewenstein percebeu que diversos países europeus, ao testemunharem a ascensão do Fascismo, começaram a tomar medidas legislativas (constitucionais e infraconstitucionais) que buscavam mitigar a consolidação destes grupos. Entre estas medidas legislativas de controle ao autoritarismo⁴⁶, o autor apontou a criminalização, no sentido de tipificar no Código Penal (aponta o autor à Bélgica, Países Baixos, Holanda, Irlanda, Suécia, Noruega, Dinamarca, Suíça e França, entre outros, como países que tomaram esta postura⁴⁷), de rebeliões, insurreições, revoltas armadas e conspirações contra o Estado; bem como a proibição genérica de “movimentos subversivos” (evitando os banimentos de partidos específicos, em que Loewenstein enxergava um perigo de “discriminação aberta contra movimentos políticos específicos”)⁴⁸, de grupos paramilitares associados a partidos políticos, da utilização pública de seus símbolos; e da formação de “grupos militares” ou “milícias privadas” que funcionem em favor de lideranças partidárias, bem como o armamento destes grupos.

Entre estas experiências práticas, Karl Loewenstein aponta, a nível constitucional, aquela da Finlândia e da Estônia, entre outros⁴⁹.

⁴⁴ FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. **Democracia defensiva: origens, conceito e aplicação prática**. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 58, n. 230, 2021. p. 134. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p133. Acesso em: 23 mar. 2023. p. 135.

⁴⁵ “Before a more systematic account of anti-fascist legislation in Europe is undertaken, recent developments in several countries may be reviewed as illustrating what militant democracy can achieve against subversive extremism when the will to survive is coupled with appropriate measures for combatting fascist techniques.”. LOEWENSTEIN, Karl. **Militant Democracy and Fundamental Rights, II**. The American Political Science Review, v. 31, n. 4, 1937. p. 638 (tradução nossa).

⁴⁶ Ibidem. p. 645.

⁴⁷ Ibidem. p. 644.

⁴⁸ Ibidem. p. 646.

⁴⁹ Ibidem. p. 638.

No caso da Finlândia, aponta o autor que o Partido Comunista ressurgiu da ilegalidade e, em 1929, obteve uma ampla representação parlamentar, bloqueando qualquer possibilidade de reformas constitucionais. Neste contexto, os Lapuans (grupo semifascista e nacionalista) geraram uma pressão externa gigantesca contra os Comunistas, aliando-se aos nacionalistas e progressistas para banir genericamente os “partidos subversivos”. Neste contexto, os únicos prejudicados foram os Comunistas⁵⁰.

Posteriormente, porém, os Lapuans continuaram em um processo de extremização, atacando a ordem constitucional, tendo contra eles utilizadas as mesmas leis que foram utilizadas anteriormente (com o apoio Lapuan) contra os comunistas⁵¹.

Nesta condição, em que os dois extremos foram banidos (os comunistas por questão ideológica, principalmente, e os Lapuans por questões práticas), conseguiu-se consolidar a democracia naquele país.

O caso da Estônia é interessante pois, neste país, a reforma constitucional de 1933-193, conduzida com amplo apoio dos “libertadores” (grupo simpatizante ao Nazismo alemão), dava ao presidente uma ampliação de poderes⁵². Os tais “libertadores” enxergavam ali uma possibilidade de pressionar o presidente a cumprir suas demandas⁵³.

O presidente Konstantin Päts, porém, se valeu desses “amplos poderes” para dissolver as organizações e células dos “libertadores”⁵⁴. Posteriormente, em 1936, lançou-se um plebiscito que entendeu pelo retorno da democracia e pela instauração de uma nova assembleia constituinte⁵⁵. Nesta assembleia, porém, restaram excluídos os fascistas e os comunistas.

Trata-se de um exemplo de um líder autoritário, em caráter transitório, restaurando a democracia e banindo deste processo outros grupos considerados autoritários. O autor aponta este processo como “demonstração da preservação da

⁵⁰ LOEWENSTEIN, Karl. **Militant Democracy and Fundamental Rights, II**. The American Political Science Review, v. 31, n. 4, 1937. p. 638.

⁵¹ Ibidem. p. 639.

⁵² Ibidem. p. 639.

⁵³ Ibidem. p. 640.

⁵⁴ Ibidem. p. 640.

⁵⁵ Ibidem. p. 640.

democracia por meios antidemocráticos e tipifica a situação da democracia em guerra contra o fascismo”⁵⁶.

Entendia o autor que a democracia europeia tinha ido além dos conceitos de “fundamentalismo democrático” e tinham evoluído para a “militância”. Enxergava isso de forma positiva, afirmando que “fogo se combate com fogo”⁵⁷. Não tratava-se de um afastamento do que era democracia, mas uma redefinição: a aplicação de autoridade disciplinada (constitucionalizada) realizada por homens de pensamento liberal que buscam os objetivos dos governos liberais (isto é, dignidade humana e liberdade)⁵⁸. Retoma-se, mais uma vez, a questão da democracia cujos fins não são ideologicamente neutros, mas uma instrumentalização de objetivos liberais.

Hoje em dia, aponta Gur Bligh, a antidemocracia não vem mais sob a roupagem de Fascismo ou Comunismo, mas sob as formas de ódio, discriminação, violência, terrorismo e fundamentalismo religioso⁵⁹. O autor chama o banimento de partidos de tendência Fascista ou Comunista de “paradigma de Weimar” (em referência à Alemanha pré-nazista), exigindo da nova conjectura uma nova resposta, chamada “paradigma da legitimidade”⁶⁰.

A mudança de paradigmas, relaciona o autor, está associada à mudança do papel dos partidos na sociedade: os partidos passaram de ser intermédios entre a sociedade civil e o estado para se tornarem “quase entidades públicas”⁶¹, marcando um afastamento da sociedade civil e uma aproximação da estrutura estatal. Prova cabal deste processo é o fato que, muito frequentemente, o Estado é o grande financiador da maior parte dos partidos políticos (no Brasil, por exemplo, tem-se o Fundo Especial de Financiamento de Campanha⁶² e os políticos em cargo são remunerados com verba pública)⁶³.

⁵⁶ “(...) demonstrates the preservation of democracy by undemocratic methods and typifies the situation of democracy at war against fascism.”. LOEWENSTEIN, Karl. **Militant Democracy and Fundamental Rights, II**. The American Political Science Review, v. 31, n. 4, 1937. p. 640 (tradução nossa).

⁵⁷ Ibidem. p. 656.

⁵⁸ Ibidem. p. 658.

⁵⁹ BLIGH, Gur. **Defending Democracy: A New Understanding of the Party-Banning Phenomenon**. Vanderbilt Law Review, v. 46, 2021. p. 1325.

⁶⁰ Ibidem. p. 1358.

⁶¹ Ibidem. p. 1359.

⁶² BRASIL. **Lei n. 13.487, de 6 de outubro de 2017**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13487.htm. Acesso em: 28 mar. 2023.

⁶³ BLIGH, Gur. **Defending Democracy: A New Understanding of the Party-Banning Phenomenon**. Vanderbilt Law Review, v. 46, 2021. p. 1360.

Nesta relação, em que Estados e partidos se aproximam, o partido passa a ser praticamente um “bem público” do bom funcionamento da democracia, tomando um papel central da democracia⁶⁴. Nesta mudança de paradigma, partidos antidemocráticos consolidam, com verba pública, ideias antidemocráticas (retoma-se o voto trazido na introdução, em que o julgador adota justamente esta ideia).

Diante desta mudança, em que os partidos nascem com “legitimidade estatal” maior, o autor aponta que as ameaças à democracia são mais difusas: não se trata mais da mera vontade de acabar com o regime democrático, mas de suprimir direitos entremeados no tecido social de determinadas sociedades e constitucionalmente garantidos⁶⁵. Por ser mais “sutil” a ameaça, entende o autor ser necessário o estabelecimento de critérios mais rigorosos: quando não for suficiente para o banimento do partido questões práticas ou programáticas, deve-se mirar “nas ações e alegações individuais de líderes e membros”⁶⁶. A forma para o banimento não passa, necessariamente, por jogar o partido na ilegalidade, mas cortar as possibilidades dele de participar do jogo democrático ou perder financiamento.

Exemplos de sanções baseadas no “paradigma da legitimidade”, de acordo com o autor, são aqueles que ocorreram em Israel, com o partido Kach, e na Bélgica, com o partido Vlaams Blok⁶⁷. No caso israelense, o partido não foi efetivamente “banido”, mas teve sua participação eleitoral desqualificada por conta da sua postura racista contra os árabes⁶⁸. No caso belga, o partido Vlaams Blok teve seus subsídios partidários cortados pela postura xenofóbica adotada pelos seus membros em campanhas, devendo dissolver-se e criar um novo partido “mais moderado” chamado Vlaams Belang⁶⁹.

Permite-se inferir na aplicação do “paradigma da legitimidade” que as penas não são tão graves quanto à do banimento partidário, passando preferencialmente por cassações específicas, cortes de subsídios e multas (portanto, um policiamento menos rigoroso), mas os critérios para que sejam aplicadas as sanções são mais amplos e, portanto, mais rigorosos.

⁶⁴ BLIGH, Gur. **Defending Democracy: A New Understanding of the Party-Banning Phenomenon**. *Vanderbilt Law Review*, v. 46, 2021. p. 1361.

⁶⁵ *Ibidem*. p. 1372.

⁶⁶ “(...) rather upon the actions or statements of individual leaders or members”. *Ibidem*. p. 1374 (tradução nossa).

⁶⁷ *Ibidem*. p. 1376.

⁶⁸ *Ibidem*. p. 1338.

⁶⁹ *Ibidem*. p. 1376.

3.2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NO BRASIL

Ainda que o berço deste movimento tenha sido a Europa, a reflexão extrapolou suas fronteiras e refletiu, inclusive, no Brasil, conforme se verá a seguir. A possibilidade de “banimento” partidário nacional, sob uma perspectiva judiciário-constitucional, retomado essencialmente pelo artigo 17 da Constituição Federal, não é uma inovação da Constituição de 1988.

Conforme expresso por Pontes de Miranda⁷⁰, a primeira vez em que este tão curioso artigo foi introduzido à Constituição foi com aquela de 1946. A forma como a Constituição Federal de 1946 trouxe esta redação foi em seu artigo 141, § 13, com a seguinte escrita:

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 13 - É vedada a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer Partido Político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos Partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem⁷¹.

O processo que culminou neste artigo constitucional remonta ao Decreto nº 21.076/32, o primeiro código eleitoral brasileiro, que consolidou o sistema de representação proporcional, regulando a criação e o funcionamento partidário⁷², sendo sob este código elegido o congresso que votou a Constituição de 1934.

Nesta Constituição, menciona-se unicamente o sistema proporcional, mas não se adentra na matéria de partidos políticos. A situação foi tratada quando, através da Lei nº 48/35, o legislador se preocupou em definir o registro de partidos e o comprometimento com as suas influências ideológicas (Artigo 167, § 1º). Trouxe este documento, inclusive, as causas de perda de mandato e penas para crimes eleitorais, mas ainda sem efetivamente punir ou vedar o registro do partido como pessoa jurídica.

⁷⁰ “I. CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO DO BRASIL, omissa. II. CONSTITUIÇÃO DE 1891, omissa. Em todo o caso, entendia-se que não se podia pretender mudar a ordem estatal sem ser pelos meios constitucionais. III. CONSTITUIÇÃO DE 1934, omissa. IV. CONSTITUIÇÃO DE 1937, omissa.” - PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi. 1960, p. 486.

⁷¹ BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1946. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 28 de mar. 2023.

⁷² BRASIL. **Decreto n. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 28 mar. 2023.

O mais próximo que o documento em questão traz acerca da “negativa de registro” (Art. 168, § 1º) diz respeito meramente a critérios formais do registro, de forma objetiva, deixando de lado uma análise ideológica aprofundada dos programas.

Com o subsequente golpe de Estado de Getúlio Vargas (e outorga da Constituição de 1937), é pertinente apontar o Decreto-Lei nº 37/37, que decretava a dissolução de todos os partidos políticos vigentes à época⁷³ até a vigência de um novo código eleitoral. Este novo Código Eleitoral só veio quase uma década depois, com o Decreto-Lei nº 7.586/45, este sim trazendo uma análise da congruência do programa partidário com os princípios democráticos (Artigo 114):

Art. 114. O Tribunal negará registro ao partido cujo programa contrarie os princípios democráticos, ou os direitos fundamentais do homem; definidos na Constituição⁷⁴.

A medida, por si só, inspira algumas críticas e reflexões: o Artigo 114 do Decreto-Lei nº 7.586/45 remonta à Constituição de 1937 para definir direitos fundamentais do homem e princípios democráticos, sendo ela própria uma Constituição outorgada, marca de um período de baixa de democracia no Brasil. Por outro lado, o Decreto foi editado em um momento em que o próprio Vargas já começava a indicar uma abertura democrática no país após o desgaste sofrido pelos regimes ditatoriais após a Segunda Guerra Mundial.

Ainda neste documento, o referido Decreto dá ao Tribunal Superior Eleitoral papel central. O artigo 9º, alínea ‘g’, do referido documento, por exemplo, trazia que “compete ao Tribunal Superior expedir as instruções que julgar convenientes à execução desta lei”, dando ao TSE uma grandíssima amplitude discricionária e normativa para conduzir o processo democrático.

Com base neste documento⁷⁵, o TSE baixou instruções que tratavam da enumeração dos princípios democráticos e direitos humanos, bem como a forma como

⁷³ “Art. 1º Ficam dissolvidos, nesta data, todos os partidos políticos.

§ 1º São considerados partidos políticos, para os efeitos desta Lei, tôdas [sic] as arremendações partidárias [sic] registadas nos extintos Tribunal Superior e Tribunais Regionais da Justiça Eleitoral, assim como as que, embora não registadas em 10 de novembro do corrente ano, já tivessem requerido o seu registro”. BRASIL. **Decreto-Lei n. 37, de 2 de dezembro de 1937**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-37-2-dezembro-1937-354175-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 28 mar. 2023.

⁷⁴ BRASIL. **Decreto-Lei n. 7.586, de 28 de maio de 1945**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del7586.htm. Acesso em: 28 mar. 2023.

⁷⁵ DISTRITO FEDERAL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo n. 411/412, Resolução n. 1.841. Cancelamento do registro do Partido Comunista do Brasil. Requerente: Honorato Himalaya Vergolino; Edmundo Berreto Pinto. Requerido: Partido Comunista do Brasil. Relator: Prof. Sá Filho. 7 maio 1947.

as razões de cancelamento partidário⁷⁶. Retomando a discussão da época, nos autos do processo, no Processo 411/412-DF, o Relator se questionou se cabia ao TSE tanto poder legislativo:

O regulamento não pode modificar a lei, nem intervir em matéria a ela reservada. Constitui legislação, mas legislação secundária e derivada, segundo Esmein. As instruções do Tribunal Superior são o que o Jellinek chama regulamentos de direito em contraposição aos regulamentos da administração. Uns e outros estão subordinados à manifestação da vontade legislativa. Não há como dissociar o poder de suprir as lacunas da lei, do objetivo de melhor fazê-la compreender, como está no texto invocado. (...) Nunca se poderia conceber como repressão de tal gravidade, que fosse ao ponto de obstacularizar o funcionamento dos partidos, pudesse ser matéria de simples instruções destinadas à execução ou compreensão da lei⁷⁷.

Aponta-se que foi justamente a “gravidade repressiva”⁷⁸ da Instrução a força-motriz para que se tirasse do TSE a definição das condições de cancelamento através da alteração na Lei eleitoral imposta pelo Decreto-Lei nº 9.258, que previa em seu artigo 26º o seguinte:

Art. 26. Será cancelado o registro de partido político mediante denúncia de qualquer eleitor, de delegado de partido, ou representação do Procurador Geral ao Tribunal Superior.

a) quando se provar que recebe de procedência estrangeira orientação político-partidária, contribuição em dinheiro ou qualquer outro auxílio;

b) quando se provar que, contrariando o seu programa, pratica atos ou desenvolve atividade que colidam com os princípios democráticos, ou os direitos fundamentais do homem, definidos na Constituição⁷⁹.

Disponível em:

https://www.justicaeleitoral.jus.br/++theme++justica_eleitoral/pdfjs/web/viewer.html?file=https://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-resolucao-1841-cancelamento-do-registro-do-pcb/@_@download/file/TSE-resolucao-1841-cancelamento-registro-pcb.pdf. Acessado em: 23 mar. 2023. p. 688.

⁷⁶ Tribunal Regional Eleitoral do Ceará. **Fragmentos da Memória do Tribunal Regional Eleitoral**.

Fortaleza: TER/CE. 2003. p. 260-264. Disponível em: https://apps.tre-ce.jus.br/tre/consultas/publicacoes/doc-publicacao.php?doc=2003%7Cfragmentos-da-memoria-do-tre-ceara%7Carquivo%7CFragmentos_da_Memoria_do_TRECE.pdf. Acessado em: 28 mar. 2023.

⁷⁷ DISTRITO FEDERAL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo n. 411/412, Resolução n. 1.841.

Cancelamento do registro do Partido Comunista do Brasil. Requerente: Honorato Himalaya Vergolino; Edmundo Berreto Pinto. Requerido: Partido Comunista do Brasil. Relator: Prof. Sá Filho. 7 maio 1947. Disponível em:

https://www.justicaeleitoral.jus.br/++theme++justica_eleitoral/pdfjs/web/viewer.html?file=https://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-resolucao-1841-cancelamento-do-registro-do-pcb/@_@download/file/TSE-resolucao-1841-cancelamento-registro-pcb.pdf. Acessado em: 23 mar. 2023. p. 691.

⁷⁸ Ibidem. p. 693.

⁷⁹ BRASIL. **Decreto-Lei n. 9.258, de 14 de maio de 1946**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del9258.htm#:~:text=DECRETO%2DLEI%20No%209.258,pol%C3%ADticos%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A1ncias. Acesso em: 28 mar. 2023 Decreto lei 9258

Nesta redação, retomou-se em boa parte o Artigo 114 do Decreto-Lei nº 7.586/45, agora legislando de forma contrária às contribuições estrangeiras (de qualquer tipo, seja ideológica, seja financeira, mais específico que o Artigo 14 da Instrução do TSE). Não se ocupou, também, de listar os princípios democráticos.

Como define o Relator⁸⁰, em resumo, o desenvolvimento do “preceito contentor dos partidos infensos aos princípios constitucionais”, que busca defender a democracia, surgiu dentro de um contexto ditatorial. Foi este o substrato que encontrou o Constituinte quando desenvolvia a Constituição de 1946, que buscava retomar a democracia no Brasil.

Sobre as características da “nova constituição” de 1946, Pontes de Miranda referiu que ela trazia consigo os valores de um Brasil democrático e pluripartidário:

PLURIPARTIDARIEDADE E DIREITOS DO HOMEM. - A Constituição de 1946 é pluripartidária, e exige-se que os partidos políticos não se afastem da forma democrática, baseada na pluralidade de partidos. Têm êles, também, de aceitar como fundamentais os direitos do homem. De modo que êsse pacto de democracia, liberdade e igualdade é acima da legislação ordinária (rigidez constitucional), e não se admitem partidos que o queriam mudar. Contudo, a Constituição não foi até a considerar tais pontos “cerne inalterável” (cp. art. 217, § 6º)⁸¹.

Em seu projeto primitivo, não havia qualquer referência aos partidos políticos na Constituição de 1946. O único artigo que trazia, então, uma redação em acordo com a “democracia defensiva” era no artigo 162, que declarava que “os direitos individuais e as suas garantias, estabelecidas nesta Constituição, serão protegidos contra qualquer propaganda ou processo, tendentes a suprimi-los ou a instaurar regime incompatível com a sua existência”⁸².

O ponto de inflexão, que definitivamente constitucionalizou a inclusão da teoria de Loewenstein, foi quando, durante a Constituinte de 1946, a Emenda nº 3.158, solicitada pelo deputado Clemente Mariani, trouxe a redação definitiva do §13º do Art.

⁸⁰ DISTRITO FEDERAL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo n. 411/412, Resolução n. 1.841. Cancelamento do registro do Partido Comunista do Brasil. Requerente: Honorato Himalaya Vergolino; Edmundo Berreto Pinto. Requerido: Partido Comunista do Brasil. Relator: Prof. Sá Filho. 7 maio 1947. Disponível em: https://www.justicaeleitoral.jus.br/++theme++justica_eleitoral/pdfjs/web/viewer.html?file=https://www.ju.sticaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-resolucao-1841-cancelamento-do-registro-do-pcb/@_@download/file/TSE-resolucao-1841-cancelamento-registro-pcb.pdf. Acessado em: 23 mar. 2023. p.694.

⁸¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi. 1960, p. 486.

⁸² CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **A Constituição federal comentada**. v. 3 Rio de Janeiro: J. Konfino, 1949. p. 116.

141 deste documento. O deputado Clemente Mariani sustentou a importância desta inclusão como segue:

(...) a democracia, que constitui seu pressuposto, é a clássica democracia da nossa civilização ocidental, assente no princípio, ainda que evoluído, na sua conceituação, da liberdade, e que nada tem a ver com a pretensa democracia social, baseada no princípio da igualdade, não da igualdade formal perante a lei, mas da igualdade ainda que relativa de distribuições das riquezas, segundo o critério da justiça. (...) sendo o conceito hodierno da liberdade, não mais aquela faculdade do indivíduo de se opôr ao poder do Estado, mas antes a faculdade que lhe é assegurada de colaborar para a realização da vontade coletiva ou da vontade estatal, esta faculdade ou este direito do indivíduo não pode ser exercido, atendendo à complexidade do Estado moderno, senão através do mecanismo: dos partidos políticos, aos quais incumbe a concentração das vontades divergentes, ou mesmo antagônicas e a sua representação dentro de parlamentos como este, ensejando que, do debate e do atrito dessas vontades adversas, resulte, então, a vontade geral ou, coletiva, que será com que a componente dessas forças antagônicas, em vez da imposição da vontade de um grupo, detentor ocasional do poder. Ora, sendo assim, é bem de ver que a pluralidade dos partidos políticos (...) é um pressuposto, um elemento característico e definidor dos regimes democráticos. Havendo o projeto revisto aceito, em primeira mão, por assim dizer, o princípio fundamental da minha emenda e da emenda do nobre Deputado, Sr. Costa Neto, segundo o qual a democracia não se deveria mais colocar em posição apenas passiva de defesa contra os ataques ou as ameaças de que seja alvo, mas, antes em condições de antecipar-se a esses ataques, em sua própria defesa; havendo, ainda mais, o projeto revisto aceito o princípio, contido em minha emenda, de que uma das características dos regimes, democrático é exatamente, a garantia das liberdades fundamentais, como eu havia dito, ou dos direitos humanos, como diz o projeto revisto (...) cometeu, entretanto, uma omissão deixando de acentuar como uma das características do regime democrático que todos nos propomos consolidar no Brasil, o princípio da pluralidade dos partidos, que, como acabo de expôr, é elemento essencial e fundamental para a sua conceituação⁸³.

Em sua sustentação, que claramente ataca a noção de “democracia comunista” (e cuja redação posteriormente servirá para o banimento do PCB), tem-se uma verdadeira ode à democracia valorativa que, invariavelmente, busca se preservar.

O voto do Presidente da Constituinte, procedente à Emenda, traz importantes ressalvas quanto à realidade brasileira e dos perigos que o banimento partidário, ainda que em nome da democracia, pode trazer:

Fora de qualquer atividade filosófica, em que não se pode estabelecer uma equivalência entre os entre todas as idéias [sic], dando-lhes os mesmos direitos, uma vez que se aceitam os valores eternos em que se baseiam os direitos fundamentais do homem, mas argumentando restritamente e tendo, apenas, em vista, a realidade prática, o preceito proposto é de uma utilidade indiscutível. A democracia como a entendemos nós, que pertencemos culturalmente ao mundo europeu, ocidental e cristão, baseia-se na pluralidade, na diversidade e portanto, na liberdade, quaisquer que sejam as restrições feitas a essas prerrogativas no sentido de haver mais igualdade.

⁸³ SENADO FEDERAL DO BRASIL. **Anais do Senado: Ano de 1946**. v. 23. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações, transcrição de 1946. p. 23-24.

(...) Cada nação, dentro da sua tradição e da sua cultura, tem de defender a sua democracia, e tem de defendê-la a seu modo. De defendê-la em moldes democráticos e humanos, pois do contrário cairiam no polo oposto da compressão totalitária e no estilo que se convencionou chamar de reacionário. (...) Mas nos países latinos, e, sobretudo nos países latino-americanos, para que a democracia subsista, mas, democracia como consideramos tradicionalmente, é necessário ampará-la. A impressionabilidade do povo, a sua receptividade, as suas maneiras de reagir, devem regular os meios de defender a própria democracia e fazê-lo continuar. (...) O dispositivo da Constituição é sábio. Cumpre, porém, agir com a máxima prudência na legislação que tal dispositivo dará lugar. Caso contrário, o fim atingido será o oposto ao desejado, servindo para a abolição de partidos e associações que tenham caído no desagrado dos detentores ocasionais do poder⁸⁴.

Efetivamente introduzida na Constituição, foi o §13º do Art. 141 que serviu como base para o cancelamento do registro do Partido Comunista do Brasil, na Resolução 1.841 do TSE (que será devidamente tratado nos tópicos subsequentes).

A Constituição posterior, de 1967, trouxe a noção da democracia defensiva em seus artigos 148 e 149⁸⁵, cujas redações seguem:

Art 148 - A lei complementar poderá estabelecer outros casos de inelegibilidade visando à preservação: I - do regime democrático;
(...)

Art 149 - A organização, o funcionamento e a extinção dos Partidos Políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios:
I - regime representativo e democrático, baseado na pluralidade de Partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem;

Aqui, porém, vale a ressalva que, conforme os debates que conduziram à formulação da tal redação final da Constituição de 1967 demonstram, o comprometimento com a “democracia” parecia mais uma estratégia autoritária de legitimar com roupagem democrática um regime que não era, justamente, democrático.

Ora, erra quem pensa que o Congresso foi uníssono na ausência de críticas à aprovação da Constituição de 1967. O magistrado, e então Deputado Federal, Unírio Carrera Machado bem resumiu quando, enquanto se discutiam as emendas a serem realizadas no projeto, afirmou:

Melancólica Constituição, feita às pressas, sem o exame devido (...). Assistimos, assim, à aprovação, às pressas, de uma Carta que vem merecendo a crítica generalizada de todos os constitucionalistas do País, dos intelectuais e do povo, e que, até sob o ponto-de-vista da sua redação, ainda

⁸⁴ SENADO FEDERAL DO BRASIL. **Anais do Senado: Ano de 1946**. v. 23. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações, transcrição de 1946. p. 24-25.

⁸⁵ BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília: Presidência da República, 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 28 de mar. 2023.

há pouco foi aqui criticada (...). O grave é o que nela se contém, são aqueles dispositivos que fazem dessa Carta, não uma Constituição efetivamente democrática, mas um instrumento que revela claramente sua tendência ditatorial⁸⁶.

Então, ainda que constitucionalizado o respeito à democracia e a censura à antidemocracia, parte do Congresso apontava uma crescente autoritária. Desta forma, o tal comprometimento à democracia buscava unicamente uma roupagem democrática e mais palatável de algo que não era, efetivamente, democrático⁸⁷.

Outra ressalva se dá ao fato que, em 1969, com a Emenda Constitucional nº 1, houve cancelamento de toda esta redação, que só voltou à Constituição com a Emenda Constitucional nº 25, em 1985, durante o processo de abertura democrática do país, com redação bastante similar⁸⁸:

Art. 152. É livre a criação de Partidos Políticos. Sua organização e funcionamento resguardarão a Soberania Nacional, o regime democrático, o pluralismo partidário e os direitos fundamentais da pessoa humana, observados os seguintes princípios:

- I - é assegurado ao cidadão o direito de associar-se livremente a Partido Político;
- II - é vedada a utilização pelos Partidos Políticos de organização paramilitar;
- III - é proibida a subordinação dos Partidos Políticos a entidade ou Governo estrangeiros;

Tomando esta redação desenvoltura nos mesmos ares que conduziram à Constituição de 1988, natural que ela se introduzisse com redação bastante similar e que subsiste até hoje⁸⁹:

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.

⁸⁶ CONGRESSO DO BRASIL. **Constituição do Brasil de 1967 (anais)**. v. 4. Brasília: Secretaria-Geral da Presidência, 1969. p. 220.

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ BRASIL. **Emenda Constitucional n. 25, de 15 de maio de 1985**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc25-85.htm#art1. Acesso em: 28 mar. 2023.

⁸⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 mar. 2023.

Regulamenta este artigo especificamente, hoje, a Lei nº 9.096/95, que além de retomar o recém citado artigo, ainda dispõe sobre as formas que os partidos se organizarão.

Enfim, o que se percebe acerca do artigo da “democracia defensiva” ou “democracia militante” é que ele se apresentou de diversas formas e com diversos significados, ainda que com uma redação praticamente imutável.

Ora serviu para atacar um Partido considerado antidemocrático (PCB), ora serviu para dar roupagem democrática a uma Constituição ditatorial. Ora desapareceu, ora deu excessivo poder ao Tribunal Eleitoral. Nasceu durante uma ditadura (Vargas) e renasceu durante uma democratização.

Tamanha volatilidade, conforme vê-se pela amplitude de contextos que a norma se fez pertinente, bem como retomando os tópicos anteriores quanto à dificuldade de conceituar os termos que constituem esta norma, indicam que trata-se de uma norma cuja aplicação concreta depende de critérios muito pouco claros, indicando uma baixa densidade normativa. Explica Liane Cirne Lins:

Conforme seja maior ou menor o grau de precisão (ou determinação) do objeto da norma no próprio texto constitucional, diz-se que há maior ou menor densidade normativa, razão pela qual se diz que da densidade normativa têm-se reflexos quanto à vinculação, aplicabilidade e justiciabilidade⁹⁰.

Por deixarem as normas de baixa densidade um grande espaço de discricionariedade para quem delas se vale, a proibição partidária é uma poderosa arma cujo bom ou mau uso depende, muito fortemente, do sujeito que está por trás de sua aplicação.

É, inclusive, uma redação bastante versátil, extrapolando sua aplicação como norma: o Executivo militar se valeu dela para dar legitimação democrática à Constituição de 1967 perante o Congresso e a população. Da mesma forma, o Legislativo se valeu dela como forma de podar as instruções baixadas “arbitrariamente” pelo Tribunal Superior Eleitoral.

No tópico subsequente, a atuação do poder Judiciário tomará especial protagonismo, aprofundando na questão da forma como os poderes diversos se valem

⁹⁰ LINS, Liana Cirne. **A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais: uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva.** Revista de informação legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 46. n. 182, 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194915>. Acesso em: 23 mar. 2023.

dela, de forma que poder-se-á ter uma boa noção do quão forte é o espaço para as convicções individuais dos juízes (e seu subjetivismo) na proibição partidária.

Por tamanho subjetivismo, o juiz "boca da lei"⁹¹ de Montesquieu, virtualmente neutro, perde seu espaço.

3.3 A APLICAÇÃO À BRASILEIRA

Ainda, como dito anteriormente (quando tratando da democracia partidária), na medida em que possuímos uma ferramenta que invariavelmente favorece grupos em detrimento de outros, temos permeado por todo o sistema eleitoral os valores daqueles que o criaram. Desta forma, é importantíssimo observarmos não meramente a palavra (democracia ou pluripartidarismo), mas o significado dela no seu contexto valorativo.

É óbvio que não só o sistema traz consigo valores, mas os próprios julgadores que efetivamente analisam a conformidade democrática de um partido, ou ainda optam por cassar o registro de um, o fazem carregados de ideologias, simpatias e uma variada carga subjetiva para tal.

Para uma compreensão completa da presente discussão, em sua perspectiva prática, temos no processo de registro do Partido Comunista do Brasil e na decisão que procedeu ao seu cancelamento, por três votos a dois, na icônica Resolução nº 1.841, de 7 de maio de 1947 (Processo nº 411/412, Distrito Federal), grande pertinência.

O registro do PCB foi requerido ao TSE em 03/09/1945, trazendo consigo o compromisso dos seus dirigentes de respeito integral aos princípios democráticos e aos direitos fundamentais do homem⁹². Após, em 29/09/1945, entendendo o Tribunal que a poderiam haver divergências entre os princípios marxista-leninistas do Comunismo e os princípios democráticos, foi requisitado o esclarecimento por parte

⁹¹ Referência ao juiz "bouche de la loi", que imparcialmente interpreta a lei. MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Do Espírito das Leis. In: Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 91.

⁹² DISTRITO FEDERAL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo n. 411/412, Resolução n. 1.841. Cancelamento do registro do Partido Comunista do Brasil. Requerente: Honorato Himalaya Vergolino; Edmundo Berreto Pinto. Requerido: Partido Comunista do Brasil. Relator: Prof. Sá Filho. 7 maio 1947. Disponível em: https://www.justicaeleitoral.jus.br/++theme++justica_eleitoral/pdfjs/web/viewer.html?file=https://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-resolucao-1841-cancelamento-do-registro-do-pcb/@_@download/file/TSE-resolucao-1841-cancelamento-registro-pcb.pdf. Acessado em: 23 mar. 2023. p. 659.

do Partido quanto à (i) forma como realizaria a reforma agrária, ao (ii) seu comprometimento com a ditadura do proletariado através de um partido único ou com a “política de tolerância, à luz da liberdade de imprensa e associação”, à (iii) forma de alinhar a socialização dos meios de produção e o respeito à propriedade privada, e (iv) quanto à efetiva inclusão do marxismo-leninismo no programa do partido⁹³.

Após longas justificativas e alteração do programa partidário, em um processo entremeado por protestos populares que julgavam o ideal comunista antidemocrático, contrário aos direitos fundamentais do homem e internacionalista, foi deferido o pedido de registro provisório do partido⁹⁴. Em 10/11/1945, obteve seu registro definitivo.

Foi em 1946 que começaram denúncias quanto ao caráter internacionalista do Partido e seu comprometimento com o Comunismo antes de comprometimento com o Brasil, que levou a investigações na sede do Partido e coleta de documentos, documentação esta que foi para análise do Tribunal Superior Eleitoral, no processo de cassação do Partido Comunista do Brasil.

Entre os votantes neste processo, Francisco Sá Filho entende a legalidade do partido se tratar de “coisa julgada” na via administrativa⁹⁵ que não se poderia alterar sem fatos condenatórios supervenientes, entendendo que a legalidade não poderia ser simplesmente extirpada do partido após as denúncias que, entendia ele, não afastaram os comprometimentos prévios do partido.

Ele cria uma divisão de possibilidades em que o partido pode ser antidemocrático: no seu programa ou na sua ação.

Quanto ao programa, citando Sampaio Dória, sustenta que o comunismo brasileiro era substancialmente diferente do soviético, qual um “neo-comunismo”⁹⁶ que consagra e exalta princípios democráticos a nível programático. O outro exame que faz sentido, para Sá Filho, é o de ação, pragmático, que só poderia ser examinado na situação de o partido “assumir o poder”⁹⁷.

⁹³ DISTRITO FEDERAL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo n. 411/412, Resolução n. 1.841. Cancelamento do registro do Partido Comunista do Brasil. Requerente: Honorato Himalaya Vergolino; Edmundo Berreto Pinto. Requerido: Partido Comunista do Brasil. Relator: Prof. Sá Filho. 7 maio 1947. Disponível em: https://www.justicaeleitoral.jus.br/++theme++justica_eleitoral/pdfjs/web/viewer.html?file=https://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-resolucao-1841-cancelamento-do-registro-do-pcb/@_@download/file/TSE-resolucao-1841-cancelamento-registro-pcb.pdf. Acessado em: 23 mar. 2023. p. 660.

⁹⁴ Ibidem. p. 661.

⁹⁵ Ibidem. p. 737.

⁹⁶ Ibidem. p. 740.

⁹⁷ Ibidem. p. 741.

Portanto, entende não haver prova suficiente para afastar a legalidade do Partido.

No mesmo sentido foi o voto do Min. Ribeiro da Costa, que entende que a análise deve passar não apenas pela feição jurídica, mas também pela feição política⁹⁸. Entende o Ministro que o regime democrático pressupõe a “colaboração de todas as forças orgânicas da nação”, entendendo que não se elimine a contribuição de “quaisquer correntes partidárias”⁹⁹. Sustenta, ainda, que o processo acentua a feição antidemocrática do partido, combate este que puxa atenção ao partido e o exaltar¹⁰⁰. Para Ribeiro da Costa, as promessas do comunismo devem ser combatidas no plano das ideias, propondo-se uma ideia melhor e mais ordenada que não seja o banimento¹⁰¹.

Adiciona que a aplicação ideológica do marxismo antidemocrático só se aplica ao Partido Comunista russo, e não do brasileiro. Isso ocorre, no seu entendimento, pelo comprometimento do partido brasileiro com os valores democráticos nacionais na sua semente: criou-se, ali, coisa julgada que chancela o comprometimento invariavelmente democrático até que, pragmaticamente, se prove o contrário¹⁰².

Os “comícios, greves, propaganda partidária, intensa, espetacular, profusa, assustadora, incômoda e suspeita” do Partido no Brasil, entende ele, não é a prática antidemocrática que enseja no banimento, uma vez que elas próprias são desdobramentos da liberdade constitucionalmente garantida¹⁰³.

Em resumo, o voto em questão se agarra à ideia que o que se ataca com a proibição partidária não é o comunismo, mas a liberdade praticada por comunistas em prol do comunismo, o que sequer deveria estar sendo julgado: a primeira já está garantida pelo trânsito em julgado, a segunda está garantida pela Constituição.

⁹⁸ DISTRITO FEDERAL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo n. 411/412, Resolução n. 1.841. Cancelamento do registro do Partido Comunista do Brasil. Requerente: Honorato Himalaya Vergolino; Edmundo Berreto Pinto. Requerido: Partido Comunista do Brasil. Relator: Prof. Sá Filho. 7 maio 1947. Disponível em: https://www.justicaeleitoral.jus.br/++theme++justica_eleitoral/pdfjs/web/viewer.html?file=https://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-resolucao-1841-cancelamento-do-registro-do-pcb/@_@download/file/TSE-resolucao-1841-cancelamento-registro-pcb.pdf. Acessado em: 23 mar. 2023. p. 743.

⁹⁹ Ibidem. p. 746.

¹⁰⁰ Ibidem. p. 750.

¹⁰¹ Ibidem. p. 752.

¹⁰² Ibidem. p. 758.

¹⁰³ Ibidem. p. 762.

Na mesa dos favoráveis à proibição do Partido, iniciou-se pelo Des. José Antônio Nogueira, que via na ausência de “práticas antidemocráticas” concretas uma mera forma de escapar da ilegalidade, mas que de forma alguma significava um factual comprometimento do partido com o regime democrático¹⁰⁴.

Ademais, no caso do comunismo, José Antônio Nogueira enxergava que o partido ia além de um mero partido participante da democracia. Neste caso, “o Partido é um deus, um demiurgo, um grande fetiche”, que está acima de questões como vida e morte, “acima das mais caras afeições da família”¹⁰⁵. Entendia ele que não se podia aplicar a noção genérica de “partido” para o caso dos partidos dentro da ideologia comunista, entendendo ser intrínseca a relação entre existência do partido comunista e comprometimento com a ideologia comunista, por si só antidemocrática.

Argumenta, em resposta ao argumento do “trânsito em julgado” do ato administrativo que cancelou o Partido, que “o registro de um Partido é um ato administrativo que nunca passa em julgado”¹⁰⁶, que deve estar em perene exame e análise de legalidade.

De forma a apresentar uma possível resposta aos questionamentos levantados na presente monografia, sustenta no seu voto:

Nem se tropeje que o cancelamento do registro é uma medida altamente antidemocrática. A democracia adotada pela nossa Constituição é uma democracia militante e vigilante (...) Tolerância, tolerância democrática não quer dizer tolerar os intolerantes, brada o grande pensador¹⁰⁷.

Finaliza argumentando que o imperativo legal e aquilo que busca a legislação é a defesa do regime e das tradições nacionais, razão pela qual deve ser retornado à ilegalidade PCB¹⁰⁸.

Tendência similar seguiu o voto do Desembargador Francisco de Paula Rocha Lagôa, que argumentou que “alcançado o registro a ação do Partido Comunista

¹⁰⁴ DISTRITO FEDERAL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo n. 411/412, Resolução n. 1.841. Cancelamento do registro do Partido Comunista do Brasil. Requerente: Honorato Himalaya Vergolino; Edmundo Berreto Pinto. Requerido: Partido Comunista do Brasil. Relator: Prof. Sá Filho. 7 maio 1947. Disponível em: https://www.justicaeleitoral.jus.br/++theme++justica_eleitoral/pdfjs/web/viewer.html?file=https://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-resolucao-1841-cancelamento-do-registro-do-pcb/@_@download/file/TSE-resolucao-1841-cancelamento-registro-pcb.pdf. Acessado em: 23 mar. 2023. p. 766.

¹⁰⁵ Ibidem. p. 769.

¹⁰⁶ Ibidem. p. 773.

¹⁰⁷ Ibidem. p. 791-792.

¹⁰⁸ Ibidem. p. 795.

Brasileiro orientou-se para rumos diversos dos adotados no programa registrado”¹⁰⁹, na medida que existiria um estatuto paralelo que colocava o verdadeiro comprometimento do Partido não com os princípios democráticos, mas com os princípios do marxismo-leninismo¹¹⁰. O Estatuto partidário legalizado pelo Tribunal era, portanto, mera roupagem para conseguir a legalidade, não se tratando do verdadeiro valor que carregava o partido entre suas fileiras internas.

Finalizou com o entendimento que “a experiência marxista-leninista demonstrou foi a completa destruição do espírito democrático”¹¹¹, sacrificando os valores que dali advém, como “direito à vida, à liberdade e à propriedade”¹¹².

O voto de Minerva coube ao Desembargador Cândido Lobo, que também entendeu no sentido de cabível o banimento. O seu voto pelo banimento seguiu principalmente a linha de que é inegável que a prática de um partido comunista, onde quer que seja, será um reflexo daquele partido da Rússia, afirmando como segue:

Ora, aí está um detalhe também impressionante, qual o de que já desde 1917 e 1918, as grandes greves (...) estiveram sob a influência da grande revolução socialista da Rússia.

Assim, quer no campo doutrinário, quer no da ação material, ao meu ver, impossível será negar, em face de todas as provas oferecidas nos autos (...) que existe a transmissão, o recebimento e a execução no Brasil de uma firme e cuidadosa, porque sistemática, orientação político-partidária de procedência estrangeira, baixada das estepes sobre nós (...).

Tal orientação vem do órgão central que é internacional e controlador das atividades político-partidárias das diversas filiações mundiais, o Brasil uma delas, ferindo violentamente o dogma constitucional da obrigatoriedade da pluralidade de partidos, sem qualquer orientação estrangeiro como condição¹¹³.

Em resumo, e assim finaliza, seu voto¹¹⁴, entendia que o recebimento de qualquer influência doutrinária, político-partidária e ideológica de procedência estrangeira, ativamente advinda de grupos que buscavam um internacionalismo ideológico, já servia como um comprometimento com o estrangeiro e contrário à

¹⁰⁹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo n. 411/412, Resolução n. 1.841. Cancelamento do registro do Partido Comunista do Brasil. Requerente: Honorato Himalaya Vergolino; Edmundo Berreto Pinto. Requerido: Partido Comunista do Brasil. Relator: Prof. Sá Filho. 7 maio 1947. Disponível em: https://www.justicaeleitoral.jus.br/++theme++justica_eleitoral/pdfjs/web/viewer.html?file=https://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-resolucao-1841-cancelamento-do-registro-do-pcb/@_@download/file/TSE-resolucao-1841-cancelamento-registro-pcb.pdf. Acessado em: 23 mar. 2023. p. 817.

¹¹⁰ Ibidem. p. 817.

¹¹¹ Ibidem. p. 838.

¹¹² Ibidem. p. 838.

¹¹³ Ibidem. p. 853-855.

¹¹⁴ Ibidem. p. 866.

soberania nacional, em choque com o já mencionado artigo 26 da Lei Eleitoral, que previa a cassação de registro “quando se provar que recebe de procedência estrangeira orientação político-partidária, contribuição em dinheiro ou qualquer outro auxílio”¹¹⁵.

Assim, em um curto espaço de tempo, o Partido Comunista do Brasil passou de ter seu registro definitivo aprovado pelo TSE para ser jogado à ilegalidade pelo mesmo TSE. O ponto de inflexão que fortaleceu a opinião da cassação, gerando a mudança de postura do Tribunal, através das denúncias, foi a consolidação das ameaças democráticas ideológicas para uma ameaça democrática prática.

Mais recentemente, denúncias em alguma medida similares foram levantadas contra o Partido dos Trabalhadores (PT)¹¹⁶ pela sua associação ao Foro de São Paulo. Este Foro de São Paulo, cuja certidão de nascimento remonta à Declaração de São Paulo, de 1990, traz ali seu comprometimento com “ideais de esquerda, socialistas, democráticos, populares e anti-imperialistas”¹¹⁷, que consolida o “surgimento e desenvolvimento de vastas forças sociais, democráticas e populares no Continente que se opõem aos mandados do imperialismo e do capitalismo neoliberal”¹¹⁸.

As acusações se baseiam no artigo 28, II, da já citada Lei 9.096/95, que prevê o cancelamento de partidos o qual fique provado estar “subordinado a entidade ou governo estrangeiro”¹¹⁹.

Nas decisões que avaliam esta submissão, contudo, ressalta-se uma diferenciação entre aproximação ideológica e submissão, conforme traz o Ministro Luiz Fux:

No caso sub examine, diversamente do que supõe o Requerente, e com o respeito devido e merecido, penso que inexistem provas robustas e contundentes de submissão do Partido dos Trabalhadores a qualquer entidade ou governo estrangeiro, especificamente o Foro de São Paulo. Além de inexistirem provas cabais desta submissão, descabe cogitar de subordinação do Partido Político sempre que se tratar de hipótese de

¹¹⁵ BRASIL. **Decreto-Lei n. 9.258, de 14 de maio de 1946**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/de19258.htm#:~:text=DECRETO%2DLEI%20No%209.258,pol%C3%ADticos%20e%20d%C3%A11%20outras%20provid%C3%A1ncias. Acesso em: 28 mar. 2023.

¹¹⁶ A citar, o Processo nº. 1727-97.2014.600.0000/TSE e Processo nº; 0600214-69.2019.6.00.0000/TSE

¹¹⁷ FORO DE SÃO PAULO. **Declaração de São Paulo**. São Paulo, SP, 1990.

¹¹⁸ Ibidem.

¹¹⁹ BRASIL. **Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9096.htm. Acesso em: 28 de mar. de 2023.

aproximação ideológica entre este e entidade ou Partido estrangeiro, hipótese dos autos¹²⁰.

Permite inferir, a partir da própria decisão e da Declaração de São Paulo, que a diferença maior entre “aproximação” e “submissão”, na senda ideológica, é uma questão mais de intensidade do comprometimento com aqueles ideais que qualquer outra coisa.

Para Themístocles Cavalcanti (quando da análise constitucional da ilegalidade do Partido Comunista do Brasil), o elemento central que permite analisar esta intensidade de aproximações são as provas. O autor aponta na práxis partidária o devido balanço entre a legalidade e a ilegalidade, mas sem ignorar o programa:

Ali [em relação ao fechamento do Partido Comunista do Brasil] examinou-se, antes de tudo, complexa matéria de prova, que é o pressuposto maior da aplicação do dispositivo constitucional (...).

A polícia de tais organizações nem sempre é fácil. Nenhum partido se animaria a incluir em seu programa cláusulas que possam comprometer a sua idoneidade em face da Constituição e que são examinadas por ocasião do registro do Partido perante o Superior Tribunal Eleitoral.

(...)

Menos o conteúdo dos programas, do que a ação partidária, a atitude do partido diante dos princípios democráticos é que deve constituir o elemento maior de convicção na apreciação da legitimidade do funcionamento das organizações partidárias.

Apreciando, entretanto, o assunto a priori, deve o julgar louvar-se antes de tudo no programa que apresenta a nova entidade partidária.

O programa que consagrasse a violência, como instrumento de ação, a supressão da propriedade privada pelo confisco, ou que procurasse instituir a poligamia ou a escravidão, ou a substituição do regime representativo por uma forma autoritária de Governo, deveria ser desde logo, postergado (...).

Assim, as divergências ideológicas devem ter, pela nossa legislação vigente, um denominador comum que será a forma e o espírito das instituições democráticas¹²¹.

Este excerto, além de resumir a questão prática no viés constitucional, retoma a aplicação dos dois critérios, como fizeram os julgadores da cassação do PCB: o pragmático (central) e o programático (menos central, por ser facilmente alterável e por muitas vezes não demonstrar as verdadeiras aspirações da agremiação, servindo como mera “roupagem democrática”).

Qual que seja o critério, a análise da aplicação da legislação da cassação partidária permite reafirmar o quão tênue é a linha entre os conceitos que levam à legalidade ou ilegalidade, bem como o forte fator subjetivo presente.

¹²⁰ Decisão no Processo nº. 1727-97.2014.600.0000/TSE.

¹²¹ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **A Constituição federal comentada**. v. 3 Rio de Janeiro: J. Konfino, 1949. p. 118

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que o artigo 17 da Constituição Federal traga diretrizes não tão bem definidas quanto à extinção ou cassação de partidos, elas explicitam o comprometimento constitucional com o regime democrático. Em uma análise histórica, jurídica e filosófica, este processo de “banimento partidário” está longe de ser uma censura à liberdade de expressão ou às essências democráticas.

Ocorre que o regime democrático é aquele que, historicamente, melhor conseguiu garantir e consolidar uma vasta gama de princípios e direitos fundamentais, sendo a liberdade associativa apenas um destes. Não se busca, obviamente, relativizar ou diminuir a importância da liberdade de associação, tampouco se afasta a possibilidade que uma multiplicidade de partidos é capaz de atender melhor aos anseios representativos da sociedade. O que se busca, na verdade, é reafirmar que a questão do banimento partidário se desenha mais como um conflito dos princípios fundacionais da democracia que como, de fato, um processo capaz de desconstituí-la.

O banimento partidário, ou as censuras partidárias em modo mais amplo, traz em sua essência uma “redução democrática” inicial, na medida que deixa um determinado grupo da sociedade (no caso aqui trabalhado, os extremistas antidemocráticos) sem sua devida representação política. Não se olvida, também, dos perigos que uma aplicação excessivamente ampla de “antidemocrático” como sinônimo de “todos que não concordam comigo”, por parte do Judiciário, seria catastrófica. Não parece, porém, que a “semente do autoritarismo” vá nascer dentro do Judiciário sem que outras instituições de controle democrático e os outros poderes sejam anteriormente comprometidas, como apontado por Kelsen¹²².

Não se nega, é claro, a viabilidade legal e o sentido histórico e jurídico que sustentam a extinção de um partido antidemocrático, mas a dificuldade em estabelecer critérios suficientemente seguros mostram quão perigosa é esta medida. Não só o estabelecimento destes critérios torna a medida perigosa, mas o quão frequentemente, na história, a democracia foi flagrantemente violada por indivíduos (no Executivo, no Legislativo e no Judiciário) que prometeram a sua proteção.

¹²² KELSEN, Hans. **General Theory of Law & State**. 2. ed. Novo Brunswick: Transaction Publishers. 2007. p. 302

A existência de partidos antidemocráticos, em alguma medida, enquanto controlados (e aqui se reforça a importância de medidas não fatais, mas que conduza-os à moderação) é benéfica à democracia. No mesmo sentido dos excertos aqui trazidos de Karl Popper, bem como o voto de Ribeiro da Costa na ação de banimento do Partido Comunista do Brasil, cita-se John Stuart Mill:

O peculiar mal de silenciar a expressão de uma opinião é roubar a raça humana; posteridade e a geração atual; àqueles que discordam da opinião, ainda mais que aqueles que com ela concordam. Se a opinião está certa, eles são privados da oportunidade de trocar o erro pela verdade; se errada, eles perdem, aquilo que é quase uma oportunidade, a mais clara percepção e a mais vívida impressão da verdade, produzida pela colisão com o erro¹²³.

De qualquer maneira, a discussão sobre a ilegalidade de um partido parece ser tão desgastante para a democracia que só pode ser usada, realmente, como última arma na proteção da democracia e em casos que a prática mostra fazer sentido fazê-lo (retoma-se, aqui, o que Gur Bligh chamou de “paradigma de Weimar”).

Conforme abordado ao término do subtópico “Síntese e Dificuldades Teóricas” (subtópico 2.5), parece ser esta uma forma de reequilibrar a aplicação dos critérios da Proporcionalidade. Por estes casos que se adequam ao “paradigma de Weimar” parecerem cada vez menos frequentes, o critério do “paradigma da legitimidade” se mostra um caminho interessante e permite uma nova aplicação da Proporcionalidade.

Explica-se: na mesma medida que o Princípio da Proporcionalidade propõe uma balança entre o dano causado a determinado bem jurídico e ao bem causado a outro bem jurídico, uma punição excessivamente rigorosa (como o banimento) exigirá um cuidado de aplicação gigantesco, tornando-se quase impraticável, sob pena de se tornar uma medida autoritária por si própria.

Tornando o dano causado mais brando (não sendo o banimento, mas sanções como multas), o ataque à liberdade pode se permitir ser menor criterioso, permitindo aos partidos punidos uma readaptação às regras democráticas ou uma maior capacidade de debater o quão justas são as sanções que lhes foram aplicadas.

¹²³ “(...) t the peculiar evil of silencing the expression of an opinion is, that it is robbing the human race; posterity as well as the existing generation; those who dissent from the opinion, still more than those who hold it. If the opinion is right, they are deprived of the opportunity of exchanging error for truth: if wrong, they lose, what is almost as great a benefit, the clearer perception and livelier impression of truth, produced by its collision with error.”. MILL, John Stuart. **On Liberty**. Londres: Routledge, 1991. p. 37 (tradução nossa).

Com a aplicação destes critérios, parece ser possível cada vez mais legitimar o carácter militante da democracia que combate o autoritarismo, mas sem permitir que ela própria se torne autoritária.

REFERÊNCIAS

G1. **Aras manda investigar Kim Kataguiri e Monark por possível apologia do nazismo.** Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2022/02/08/aras-manda-investigar-kim-kataguiri-e-monark-por-possivel-apologia-do-nazismo.ghtml>. Acessado em: 22 mar. 2023

G1. **PGR diz que vai apurar se Monark e deputado Kim Kataguiri fizeram apologia do nazismo na internet.** Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/02/08/pgr-diz-que-vai-investigar-se-deputado-e-influencer-fizeram-apologia-do-nazismo-na-internet.ghtml>. Acessado em: 22 mar. 2023.

G1. **Monark: veja repercussão de políticos e juristas após fala de influencer sobre nazismo.** Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/02/08/monark-veja-repercussao-de-politicos-e-juristas-apos-fala-de-influencer-sobre-nazismo.ghtml>. Acessado em: 22 mar. 2023

TSE. **TSE confirma multa de R\$ 22,9 milhões ao PL por litigância de má-fé.** Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Dezembro/tse-confirma-multa-de-r-22-9-milhoes-ao-pl-por-litigancia-de-ma-fe>. Acessado em: 22 mar. 2023.

JOTA. **Pode um partido financiado publicamente atentar contra o regime democrático?** Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pode-um-partido-financiado-publicamente-atentar-contr-o-regime-democratico-28112022>. Acessado em: 22 mar. 2023

GALLIE, Walter Bryce. *Essentially Contested Concepts. Meeting of the Aristotelian Society*, Londres, mar. 1956.

SAMPAIO DÓRIA, Antônio de. **Direito Constitucional: Curso e Comentários à Constituição**. 3. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional. 1953.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 16. ed. São Paulo: Grupo Editorial nacional. 2020.

VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Estado de derecho**. 4. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina. 1993.

SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey Ltda. 2007.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **How Democracies Die**. 1. ed. Nova Iorque: Penguin Random House LLC. 2018.

BOZÓKI, András; HEGEDÜS, Dániel. **Um Regime Híbrido com Limitações Externas: A Hungria na União Europeia**. *Relações Internacionais*, Setembro, 2017, Nº 55. ISSN 1645-9199. Disponível em: <https://doi.org/10.23906/ri2017.55a06>. Acesso em: 23 mar. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 mar. 2023.

KELSEN, Hans. **General Theory of Law & State**. 2. ed. Novo Brunswick: Transaction Publishers. 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi. 1960.

POPPER, Karl. **The Open Society and Its Enemies**. 2. ed. Londres: Butler & Tanner Ltd. 1947.

LOCKE, John. **A Letter Concerning Toleration**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

DA SILVA, Virgílio Afonso. **O proporcional e o razoável**. *Revista dos Tribunais*, v. 798. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. **Democracia defensiva: origens, conceito e aplicação prática**. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 58, n. 230, 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p133. Acesso em: 23 mar. 2023.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo n. 411/412, Resolução n. 1.841. Cancelamento do registro do Partido Comunista do Brasil. Requerente: Honorato Himalaya Vergolino; Edmundo Berreto Pinto. Requerido: Partido Comunista do Brasil. Relator: Prof. Sá Filho. 7 maio 1947. Disponível em: https://www.justicaeleitoral.jus.br/++theme++justica_eleitoral/pdfjs/web/viewer.html?file=https://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-resolucao-1841-cancelamento-do-registro-do-pcb/@_@_download/file/TSE-resolucao-1841-cancelamento-registro-pcb.pdf. Acessado em: 23 mar. 2023.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Do Espírito das Leis**. In: **Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

LOEWENSTEIN, Karl. **Militant Democracy and Fundamental Rights**, II. *The American Political Science Review*, v. 31, n. 4, 1937

BLIGH, Gur. **Defending Democracy: A New Understanding of the Party-Banning Phenomenon**. *Vanderbilt Law Review*, v. 46, 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.487, de 6 de outubro de 2017**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/l13487.htm. Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1946. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 28 de mar. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 37, de 2 de dezembro de 1937**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-37-2-dezembro-1937-354175-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 7.586, de 28 de maio de 1945**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del7586.htm. Acesso em: 28 mar. 2023.

Tribunal Regional Eleitoral do Ceará. **Fragmentos da Memória do Tribunal Regional Eleitoral**. Fortaleza: TER/CE. 2003. p. 260-264. Disponível em: <https://apps.tre-ce.jus.br/tre/consultas/publicacoes/doc-publicacao.php?doc=2003%7Cfragmentos-da-memoria-do-tre-ceara%7Carquivo%7CFragmentos da Memória do TRECE.pdf>. Acessado em: 28 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 9.258, de 14 de maio de 1946**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del9258.htm#:~:text=DECRETO%2DLEI%20No%209.258,pol%C3%ADticos%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias. Acesso em: 28 mar. 2023

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **A Constituição federal comentada**. v. 3 Rio de Janeiro: J. Konfino, 1949.

SENADO FEDERAL DO BRASIL. **Anais do Senado: Ano de 1946**. v. 23. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações, transcrição de 1946

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília: Presidência da República, 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 28 de mar. 2023.

CONGRESSO DO BRASIL. **Constituição do Brasil de 1967 (anais)**. v. 4. Brasília: Secretaria-Geral da Presidência, 1969.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 25, de 15 de maio de 1985**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc25-85.htm#art1. Acesso em: 28 mar. 2023.

MILL, John Stuart. **On Liberty**. Londres: Routledge, 1991.

LINS, Liana Cirne. **A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais: uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva**. Revista de informação legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 46. n. 182, 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194915>. Acesso em: 23 mar. 2023.

FORO DE SÃO PAULO. **Declaração de São Paulo**, São Paulo, SP, 1990. Disponível em: <https://forodesaopaulo.org/wp-content/uploads/2014/07/01-Declara%C3%A7%C3%A3o-de-S%C3%A3o-Paulo-1990.pdf>. Acesso em: 28 de mar. De 2023.

BRASIL. **Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9096.htm. Acesso em: 28 de mar. de 2023.