

A função estabilizadora do processo político e do sistema democrático atribuída à Justiça Eleitoral e ao Supremo Tribunal Federal

The stabilizing role of the political process and the democratic system assigned to the Electoral Justice and the Supremo Tribunal Federal

Luciana Siqueira de Carvalho¹

Resumo: O presente artigo realiza reflexão a respeito do papel da Justiça Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal como instâncias indutoras da estabilização do processo político e como fonte de garantia e de legitimação dos direitos políticos de participação. Nesse sentido, busca demonstrar que as normas e decisões de efeito vinculante expedidas por estas cortes necessitam de validação em arena que garanta a participação influente de todos os possíveis interessados, a fim de que sejam construídos consensos intersubjetivos e densificados sentidos capazes de estabilizar o exercício dos direitos políticos de participação e o devido processo eleitoral. Reconhece ainda que a Justiça Eleitoral e o Supremo Tribunal Federal precisam adotar posições políticas, amparadas na Constituição, nas suas respectivas áreas de atuação, para solução dos conflitos que lhes são submetidos, vinculando a legitimidade dessas atuações ao comprometimento com uma lógica voltada para o entendimento, cooperativa portanto, perdendo sua legitimidade se suas decisões, fundamentações e normas estiverem amparadas na lógica estratégica. Os consensos intersubjetivos legítimos que vão se estabelecendo através das decisões desses órgãos e do poder regulamentar da Justiça Eleitoral sedimentam e enraízam na sociedade a construção do conceito de cidadania e de legitimidade democrática, colaborando para a consolidação da democracia.

Palavras-chave: Cidadania. Democracia. Direitos Políticos. Justiça Eleitoral.

Abstract: This article poses a discussion regarding to the role of Electoral Justice and Supremo Tribunal Federal as inducing places for the political process stabilization and as sources of guarantee and of legitimation of participation political rights.

Bearing this perspective in mind, this essay aims to demonstrate that rules and vinculating effect decisions, which were produced by these courts need validity in a place which can assure the influent participation of all the interested parts, in order to organize intersubjective and deep consensus being able to stabilize the exercise of participation political rights and the electoral process itself. This article still recognizes Electoral Justice and Supremo Tribunal

¹ Mestre em Direito Público e Evolução Social (UNESA), aluna do curso de doutorado em Direito Público e Evolução Social (UNESA), Analista Judiciário da Justiça Eleitoral.

Federal need to adopt political positions guided by the constitution, in their respective working areas, for the solution of conflicts which are submitted to them, connecting the legitimacy of these performances to a clear commitment with a specific kind of logics characterized by dialogue and comprehension. However, these two institutions are going to lose their legitimacy if their decisions and rules will be based on strategic logics. The legitimate intersubjective consensus which are being established through the decisions of these institutions and through the ruling power of Electoral Justice fix the construction of citizenship and democratic legitimacy concepts which are going to be references for this society, fostering the consolidation of democracy.

Key words: Citizenship. Democracy. Political rights. Electoral Justice.

1. Apresentação

Grandes controvérsias quanto à atuação da Justiça Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal aparecem, de tempos em tempos, refletidas na mídia sempre que situações de grande apelo político são julgadas por essas instâncias ou normas de impacto sobre o processo eleitoral são expedidas.² “O Supremo deve ser um órgão técnico”, “espera-se que o Supremo não atue de forma política”, “o TSE não irá compactuar com candidatos que não tenham ficha limpa”, são frases que demonstram o embate e as dúvidas que pairam sobre a atuação dessas instâncias.

A linha de pensamento aqui desenvolvida tem como intenção refletir a respeito do papel da Justiça Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal como instâncias indutoras da estabilização do processo político e como fonte de garantia e de legitimação dos direitos políticos de participação.

Há, como premissas explicitamente adotadas, o reconhecimento de que: 1) a normatização infraconstitucional para garantia dos direitos políticos ainda não é suficiente para assegurar a efetividade dos direitos políticos fundamentais constitucionais, tal como delineados na Constituição de 1988; 2) a ausência de conteúdos e significados intersubjetivamente construídos e estabilizados dos direitos políticos de participação, como consequência de uma experiência democrática não consolidada, constitui-se como claro déficit de legitimidade do devido processo eleitoral brasileiro.

² Basta lembrar do “ julgamento do mensalão” (Ação Penal 470) em curso no Supremo Tribunal Federal, da lei da “ficha limpa”, dos candidatos “contas suja” e de tantos outros eventos emblemáticos do cenário político brasileiro.

Aparentemente, os cidadãos brasileiros ainda não conseguiram construir consensos mínimos necessários e suficientes no que se refere à direção que desejam seguir quanto ao exercício dos direitos políticos, e o que demonstra a realidade desse exercício é uma sequência de encontros e desencontros, que se torna mais evidente em períodos eleitorais, quando as disputas por mandatos eletivos demandam parâmetros nem sempre existentes, ou seja, que precisam ser construídos. Mas como precisam ser construídos com urgência para resolver o processo eleitoral em andamento, resta à Justiça Eleitoral expedir normas e decisões que viabilizem o pleito a ser realizado, sendo necessária, muitas vezes, a edição de normas e decisões com conteúdo inovador em face da ordem jurídica, sem que estas sejam submetidas aos devidos processos legitimadores.

Não há legislação suficiente, não há acordo quanto ao que deve ser legislado, e então ações importantes como a reforma do Código Eleitoral e da legislação eleitoral permanecem pendentes, a reforma política permanece parada no Congresso, e, para preenchimento das lacunas existentes, resoluções são expedidas pela Justiça Eleitoral estabelecendo novas regras e padrões de conduta.

A democracia deliberativa habermasiana (HABERMAS, 2003), marco teórico adotado para a análise, torna imperativa a legitimação das normas de convivência coletiva, através da exigência de participação influente do povo na escolha do seu destino, mas principalmente evidencia a garantia das condições para o exercício democrático como condição indispensável da estrutura democrática.

Aparentemente, as condições da democracia parecem estar ligadas apenas ao processo legítimo de criação de normas pelo parlamento, à implementação pelo Poder Executivo de políticas e à fiscalização do Poder Judiciário. No entanto, esse processo é muito mais abrangente e complexo do que pode ser percebido numa reflexão mais apressada.

A interpretação de normas, a implementação de políticas e a atividade jurisdicional tornam-se complexas na medida em que são necessários consensos intersubjetivos mínimos sobre o alcance e os sentidos das escolhas realizadas num primeiro momento, e que devem ser implementadas em momento posterior. É inevitável a construção de acordos semânticos e pragmáticos, renovados permanentemente, quanto aos sentidos e significados que fundamentam a prática democrática cotidiana, visto que estas são mediadas pela linguagem.

Esses consensos intersubjetivos mínimos são alcançados quando há processos que garantam espaços dialógicos adequados à sua construção e estabilização, passando então a serem incorporados às práticas democráticas.

Como todas essas relações são mediadas pela linguagem e por muitos sujeitos, a democracia para consolidar-se precisa lidar com alguma “sedimentação” de sentidos e significados e, por consequência, com a densificação do conteúdo de direitos e normas, a fim de “todos possam falar a mesma língua”. Necessita ainda que todos estejam envolvidos com o projeto comum, consolidado na forma de uma constituição, e dispostos a conformá-lo a todo instante com as escolhas realizadas.

Portanto, o amadurecimento do exercício democrático somente ocorre em uma sociedade situada no espaço e no tempo, com seus laços cultural e historicamente construídos, comprometida com as escolhas previamente realizadas. Esse é um longo caminho que demanda a pavimentação de um caminho construído para ser democrático. As escolhas previamente realizadas não são irrevogáveis, mas até que sejam alteradas, precisam ser respeitadas nos limites da forma e do conteúdo que apresentam, sob pena de fragilização e, no limite, rompimento do pacto democrático.

Essas proposições tem implicações bastante importantes: 1) significam por exemplo, que a ação de qualquer agente público, o tempo todo, precisa estar conforme a constituição e conforme os sentidos e significados densificados histórica e culturalmente, não havendo espaço para ações e decisões que não possam ser fundamentadas dessa forma; 2) significam que os agentes públicos não estão autorizados a apropriarem-se de normas jurídicas e fornecer novos sentidos e significados à legislação e à políticas públicas que não estejam de acordo com os consensos intersubjetivos mínimos construídos e estabelecidos por processos legítimos, consolidados na Constituição e na interpretação que dela se faz; 3) significa que ao se tratar de direitos e normas onde não haja consenso mínimo estabelecido, o debate precisará de uma arena com as condições de participação influente garantida a todos os interessados; 4) significa que não apenas a atividade típica exercida pelo poder Legislativo deve ser mediada pelo devido processo de legitimação, mas qualquer atividade que envolva ações e decisões de impacto geral, como por exemplo as normas expedidas por órgãos com competência para exercer atividade regulatória ou as decisões de efeito vinculante produzidas, por exemplo, pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelo Supremo Tribunal Federal.

A democracia tem um custo. Respeitar a Constituição como projeto coletivo prospectivo, nessa quadra da história, é um dos principais custos e esta serve de parâmetro e

também de limite, sob pena de romper-se o pacto democrático. Se qualquer um está autorizado a interpretar a legislação da forma como melhor a compreender, sem vínculo com elementos jurídicos, políticos, sociais, históricos e culturais, podendo dispor da legislação “como bem interpretar”, então volta-se ao século XIX e abre-se mão das conquistas do constitucionalismo contemporâneo compromissado com a autonomia do direito e com a garantia de direitos fundamentais prospectivos que buscam garantir condições de emancipação do cidadão (STRECK, 2011).

Nesse contexto é que se apresenta uma necessária reflexão a respeito dos direitos políticos, da sua normatização pela Justiça Eleitoral e sobre as decisões tomadas pela Justiça Eleitoral e pelo Supremo Tribunal Federal com efeito vinculante. Direitos políticos são direitos fundamentais, mas são direitos fundamentais especiais pois relacionam-se diretamente com os pilares na democracia na medida em que são requisitos para o seu exercício. Pode-se chamá-los, nesse sentido, de “condições da democracia”. Impõe-se, então, algumas breves considerações a respeito da democracia, do constitucionalismo contemporâneo e da perspectiva desse debate no Brasil, para que seja possível melhor enquadrar o tema da normatização e das decisões sobre direitos políticos expedidas pela Justiça Eleitoral e pelo Supremo Tribunal Federal.

2. Democracia deliberativa, constitucionalismo contemporâneo, “regras do jogo” e linguagem

Compreender as tendências do fenômeno constitucionalismo contemporâneo é fundamental. O que é? Para que serve?

Para que e porque é importante garantir democracia? Porque é necessário refletir a respeito do fenômeno político? O que o fenômeno jurídico tem a ver com tudo isso?

É importante garantir democracia porque o projeto de emancipação do cidadão é imprescindível fora desse contexto. O constitucionalismo contemporâneo consolida-se na medida em que caminha para essa compreensão. Debates a respeito dos fundamentos dignidade da pessoa humana e justiça densificam-se ao redor da ideia de emancipação. E já se compreende e aceita que o direito seja o meio através do qual um projeto de emancipação possa ser construído e organizado, na medida em que viabiliza que cidadãos sejam autores e

destinatário das normas que consagram suas escolhas para orientar seu destino comum (HABERMAS, 2003).

Imagine agora uma estação de metrô. Se um observador colocar-se de pé nessa estação e observar o que ali acontece irá verificar situações diversas: pessoas que compram bilhetes, pessoas que entram e saem das composições metroviárias, pessoas de todos os tipos e idades que circulam nos diversos espaços de entrada e saída, pessoas que se entendem, pessoas que se desentendem, trabalhadores diversos, pessoas autônomas com interesses e características distintas que convivem e dividem o mesmo espaço, ainda que por um tempo limitado.

A cena acima descrita é bastante trivial mas apenas porque suas circunstâncias já foram incorporadas por todos ou pela maioria que ali circula. É possível dizer que há um consenso mínimo intersubjetivo estabelecido que viabiliza o funcionamento tranquilo das rotinas que ali se estabelecem: as rotas estão previamente definidas, os horários e tarifas estão fixados, o espaço está sinalizado, há uma enorme logística de funcionamento organizada, há planos de contingência e inclusive regras e normas quanto ao fornecimento do serviço pode circular nesse espaço.

No mínimo, é possível perceber que pessoas desconhecidas, com interesses e desejos bastante distintos, ou seja, com uma esfera de autonomia privada que sequer precisa justificar para onde vai e porque, compartilham um espaço comum onde todos apresentam o mesmo objetivo: deslocar-se num espaço também compartilhado, o que revela uma face da autonomia pública.

Seria inviável a existência desse espaço e serviço se ficasse a cargo de cada indivíduo definir rota, preço, horários, intervalos, sem acordo prévio. Também contribuiria para essa inviabilidade se cada indivíduo achasse que poderia fazer o que bem entendesse sem qualquer limitação nesse espaço, agindo inclusive em grupo para que os interesses de A ou B ou de um determinado grupo fossem “negociados” para serem atendidos de forma “especial”. Imagine entrar no trem e descobrir que ao invés de seguir a rota das estações marcadas no painel, o trem desvia a esmo por caminhos diversos dos previamente conhecidos. Imagine-se ainda chegar para pegar o metrô e descobrir que hoje não passará porque quebrou e os valores para reparo foram desviados para outras atividades que nada tem a ver com o transporte. Ou ainda descobrir que foram nomeados para cargos executivos da empresa e para cargos de engenheiros de tráfego amigos dos amigos que sequer já andaram de metrô e que conhecem tudo a respeito de barcos e transporte fluvial, mas sequer compreendem como

funciona um metrô. Também seria factível imaginar que decidiu-se que agora o metrô é transporte de elite, e portanto a tarifa de R\$3,00 passará a R\$50,00.

No exemplo acima, todos ou quase todos sabem por que estão naquela estação: pretendem deslocar-se para um destino determinado. A coisa toda funciona por que todos compartilham o conhecimento de que naquele lugar é possível transportar-se de determinada forma e em determinadas condições. Os termos de funcionamento do transporte e os comportamentos esperados já foram dados e incorporados por todos os que dele participam. Sabe-se inclusive que para funcionar adequadamente e atender aos objetivos propostos as condições de operação foram devidamente mapeadas e estruturadas.

Mas mais do que tudo, há uma linguagem com sentidos determinados que permite a compreensão do mínimo necessário para compartilhar a experiência. Os que não dominam a linguagem mínima necessária e nunca estiveram em uma estação de metrô certamente pegam o trem errado, vão parar em uma estação que não desejam, comportam-se de maneira inadequada ou acabam desistindo e não chegam ao destino desejado.

Com a democracia a ideia é muito semelhante: sujeitos autônomos que desejam manter sua esfera de autonomia privada, com escolhas autônomas quanto ao seu destino, mas que para isso precisam estar de acordo a respeito de algumas normas de compartilhamento do espaço coletivo a fim de garantir o reconhecimento e o respeito a cada indivíduo de forma que cada um possa chegar onde deseja.

O exemplo da estação do metrô é bastante esclarecedor pois demonstra que os indivíduos não precisam sequer conhecer uns aos outros, mas certamente precisam conhecer a linguagem e os acordos quanto aos significados, e por consequência, os mecanismos de convivência coletiva previamente estabelecidos para que consigam chegar a seu destino. Obviamente, nesse exemplo não entrou em discussão a forma como essas condições foram conquistadas e estabelecidas, observou-se apenas seu funcionamento. Mas se vamos falar de democracia, pensar a respeito dessas condições é indispensável.

As condições para conquista e estabelecimento dessas circunstâncias, num escopo mais amplo, de um Estado, por exemplo, é um problema de democracia, é um problema do constitucionalismo contemporâneo e é um problema de conteúdo dos direitos políticos.

Torna-se necessário, então, eleger uma teoria da democracia que permita estabelecer as circunstâncias que torne viável um acordo para convivência mútua, que permita estabelecer as “regras do jogo” de forma prévia e legítima. A democracia deliberativa, nos termos

apresentados por Jürgen Habermas (HABERMAS, 2003, 2004, 2007), é o marco teórico escolhido para tratar do tema, por ser este um projeto da ética do discurso, que acredita na possibilidade de transformação da sociedade através da coordenação de interesses, amparado na razão. Este projeto volta-se para a filosofia na busca de respostas para a essa coordenação de interesses e é pragmático porque pressupõe a influência do contexto, na medida em que a racionalidade deve ser extraída da realidade, das práticas sociais concretas, não sendo possível abstrair o sujeito de seu contexto. Acredita-se que exista papel para razão se essa for conectada com a realidade e que somente fará sentido se for crítica. O caminho para a crítica é resgatado pela filosofia. Enquanto a metafísica está voltada para si mesma, a pós-metafísica volta-se para a crítica da sociedade.

Parte-se do pressuposto de que a realidade não é satisfatória e de que a sociedade não é capaz de assegurar a realização de todo o potencial humano porque a lógica utilitarista, a lógica estratégica que busca sucesso, predomina, estando o sistema social colonizado por dois subsistemas: a economia e a administração pública (política). Para alcançar a emancipação dos indivíduos, é necessário que se construa uma sociedade de cooperação que busque o entendimento, através de uma lógica que é comunicativa (HABERMAS, 2002, 2003). Habermas compreende que o direito, por ser coercitivo, possibilita o que a moral não consegue: o entendimento. Essa busca traz um pressuposto de inclusão, pois somente será ético se for meio de inclusão. O direito pode ser emancipador, mas precisa ser trabalhado com esse objetivo, precisa romper com a lógica utilitarista para enfatizar a lógica do entendimento, sob pena de ser colonizado pela economia (lei da eficiência) ou pela política (lei da força). O direito democrático é capaz de construir meios para o justo, para a ética. Por isso, a teoria do discurso está fundamentada na ética, mas uma ética concreta, que leva para o entendimento uma consciência ética com pretensão de justiça. Serão requisitos para o entendimento a intelegibilidade, a sinceridade, a liberdade (ausência de) de coerção e a liberdade de (ausência de) manipulação.

A ética do discurso é de natureza pós-metafísica (HABERMAS, 2002, 2004) visto que reabilita a razão prática, enquanto crença na racionalidade como meio apto a orientar satisfatoriamente a interação; é de natureza universalista, pois retoma a intuição kantiana de imperativo categórico, rejeitando o utilitarismo; é comunicativa, por sustentar-se na força da linguagem como veículo necessário da produção de sentido que possibilita a interação. A ética pressupõe responsabilidade recíproca pelos outros, independente de fisionomia ou

proximidade, pressupõe que seja contemplado também aquele no qual eu não me reconheço, independente de uma identificação emocional ou utilitária.

A racionalidade que está implícita na ética do discurso é a razão comunicativa porque esta é a racionalidade que permite interferência na realidade e mudança da sociedade para alcançar justiça. Busca-se uma justiça procedimental, que parte sempre de valores³, e para a qual a autonomia é fundamental. Nesse contexto, o procedimento justo será aquele que for capaz de garantir a participação influente de todos os cidadãos.

O constitucionalismo contemporâneo apresenta-se como possibilidade/alternativa para viabilizar a convivência democrática. Sem dúvida, é um projeto em construção, complexo e com longo caminho de estabilização a ser percorrido, principalmente no contexto brasileiro. Compreender, então, os laços entre democracia, estado de direito e constitucionalismo torna-se fundamental.

3. Estado de direito, constitucionalismo contemporâneo, legitimidade da jurisdição constitucional e contexto brasileiro

As democracias ocidentais contemporâneas são modelos políticos-jurídicos estruturados sob os fundamentos do Estado de Direito.

O conteúdo do termo Estado de Direito, amparado na noção de contenção e limitação do poder através de limites jurídicos, passou por longa gestação histórica (COSTA et al., 2006), e parece buscar ainda hoje uma equação que estabilize as relações entre o poder político, o direito e os indivíduos.

O longo caminho percorrido entre o regime de poder fragmentado entre feudos, com suas respectivas relações pessoais de pertencimento, passando pela centralização e unificação de poder nas mãos de um representante politicamente forte, capaz de estabelecer novas relações de poder e transformar súditos em cidadãos, até a transferência desse poder para o “povo” enquanto conjunto de cidadãos que apresentam-se como autores e destinatários de um determinado sistema jurídico, enquanto limite e horizonte de atuação, demonstra a complexidade dos temas Estado de Direito e democracia.

³ Valores que precisam passar pelo devido processo democrático para tornarem-se princípios positivados.

A fórmula Estado de Direito concebida como proposta de contenção de poder através do direito teve seu ápice no século XIX, cujo elemento de maior expressão foi a teoria positivista, tendo demonstrado o século XX, com algumas experiências desastrosas como o holocausto, que esse fórmula precisava de ajustes severos. A partir da segunda grande guerra, tornou-se imperativo buscar alternativas que viabilizassem um novo sentido para a equação direito-poder, sendo a emergência do constitucionalismo contemporâneo ou do neoconstitucionalismo, como querem alguns, o resultado direto de algumas das soluções propostas para a reconfiguração de padrões político-jurídicos.

O constitucionalismo contemporâneo se fortaleceu através do deslocamento do eixo jurídico da lei para a constituição que passa a ter força normativa, a reconhecer a existência de valores positivados na forma de princípios. A força normativa da constituição foi a solução encontrada pela corte constitucional alemã, por exemplo, como alternativa à aplicação do sistema normativo concebido à época do nazismo sem o devido compromisso com a moral e a ética. Foi a concepção da constituição como uma ordem de valores que trouxe novas possibilidades para a elaboração de novas teorias jurídicas que novamente resgatariam o debate ético e moral para o âmbito do jurídico. A atuação da corte constitucional alemã foi decisiva e o que lhe atribuiu legitimidade naquele momento foi a imperiosa necessidade de fechar a porta para o passado. Nos anos seguintes, e até os dias atuais, seriam levantadas sérias questões quanto à legitimidade e aos limites da atuação de uma jurisdição constitucional não eleita, que passa a ter atuação decisiva em conflitos jurídicos de ampla expressão.

A questão da legitimidade da atuação da jurisdição constitucional nos Estados Unidos também tem sido tema de amplo debate, como demonstram as posições contrárias apresentadas, a título de exemplo, por Jeremy Waldron e Lawrence G. Sager.

No ensaio intitulado “O Judicial Review e as Condições da Democracia” (WALDRON, 2009), Waldron apresenta como objeto de investigação a legitimidade do *judicial review* sobre a legislação, questionando se não haveria perdas para os modelos democráticos quando os legisladores eleitos de uma sociedade são submetidos a um poder de controle exercido pelas corte judicial. O autor questiona alguns pontos de vista apresentados por Ronald Dworkin em seu livro *Freedom’s Law*, no qual a tese do *judicial review* é defendida no modelo aplicado nos Estados Unidos da América. Jeremy Waldron apresenta uma distinção entre os direitos constitutivos da democracia/do processo democrático, que tem por fim a participação equitativa do povo, e as condições de legitimidade ou credibilidade

moral do processo democrático de tomada de decisões, em face das quais a democracia e a regra da maioria somente apresentam sentido se forem regidas por certas condições como, por exemplo, a liberdade de expressão e a liberdade de associação. O ponto de vista que se pretende demonstrar é que quando se trata de discutir os requisitos da democracia, não é suficiente a garantia de que uma decisão vinculante correta seja tomada. Argumenta ainda o autor que não há razões que fundamentem a ideia de que o *judicial review* contribua para melhorar a qualidade do debate político participativo na sociedade (WALDRON, 2009). O procedimento para se chegar a essa decisão é fundamental e esse procedimento passa pela discussão da legitimidade de indivíduos ou instituições com poderes para tomar decisões desse tipo sem que tenham sido eleitos democraticamente. Nas palavras de Jeremy Waldron (2009, p. 269): “a democracia, em parte, é sobre a própria democracia e umas das principais questões sobre a qual o povo demanda ser escutado e reivindica ser de sua competência é o caráter de suas próprias estruturas políticas.”

No livro *Juez y Democracia* (SAGER, 2007), Lawrence G. Sager volta sua atenção para a questão mais geral de como a prática constitucional responde às críticas inspiradas no ideal democrático, compreendendo que a teoria baseada na justiça é a que melhor sustenta o constitucionalismo robusto em face de dúvidas democráticas. Ensina o autor que a democracia direta, a democracia representativa e os sistemas de governo que incluem juízes com autoridade e responsabilidade de garantir a Constituição são diferentes alternativas para o exercício democrático. Ensina ainda que uma judicatura com competência constitucional possui elementos que permitem o debate adequado sobre os direitos, tendo essa percepção levado diversos Estados democráticos modernos a adotar Constituições escritas e a conferir a instituição judicial a sua garantia, apontando como características promissoras desse modelo, sob o ponto de vista epistêmico: a desvinculação dos juízes e dos tribunais dos interesses imediatos dos membros de sua comunidade política; a atuação dos juízes como se fossem “inspetores de qualidade” por cumprirem função especializada e redundante ao identificar fundamentos de justiça política que sejam importantes e que sirvam de fundamento para o regime constitucional e para o controle da legislação; o “equilíbrio reflexivo” que decorre das fundamentações através de princípios em uma sucessão de casos, que precisam ser coerentes no tempo, resultando como meio para equilibrar a reflexão normativa e para concretizar a exigência moral de generalização. A seguir, Sager induz à reflexão a respeito de duas formas pelas quais as pessoas são capazes de participar como iguais no processo deliberativo de direitos (SAGER, 2007): a igualdade eleitoral e a igualdade deliberativa. A igualdade

eleitoral seria garantida através do exercício em condições de igualdade do direito de eleger os representantes políticos que tomam as decisões sobre os direitos, ressaltando que esta é uma forma perigosa por ser influenciada pelo poder dos votos e do dinheiro desviando-se das pretensão de determinado grupo ou indivíduo. A igualdade deliberativa seria garantida aos participantes nos processos de debates sobre direitos, ou seja, a consideração séria por quem tenha autoridade deliberativa dos seus direitos e interesses, estando implícito nessa forma de igual participação o direito de ser ouvido e de obter resposta fundamentada, como, por exemplo, nos processos judiciais. Essas duas formas de igualdade são complementares para o exercício democrático, nas palavras do autor (SAGER, 2007, p. 207):

“La mayor parte de los Estados democráticos modernos tienen un conjunto de estructuras institucionales em el marco de las cuales los parlamentos prometen la igualdad electoral, mientras los tribunales constitucionales prometen la igualdad deliberativa.”

Na América Latina, a reflexão sobre o constitucionalismo contemporâneo pode ser exemplificada pelas considerações tecidas por Leonardo Garcia Jaramillo, no texto “Los Argumentos del Neoconstitucionalismo y su Recepcion” (CARBONELL e JARAMILLO, 2010), no qual o autor tece considerações sobre os elementos mínimos que caracterizam o fenômeno do neoconstitucionalismo, compreendido como um “rótulo” atribuído à prática constitucional contemporânea, apresentando uma radiografia da recepção dessas ideias na América Latina, com ênfase na experiência colombiana. O fenômeno do neoconstitucionalismo pode ser reconhecido nos elementos que passam a influenciar as práticas constitucionais tais como a força normativa da constituição, a ideia de princípios, a técnica da ponderação.

O Brasil recebe essas ideias com décadas de atraso. Enquanto, no mundo, diversos autores já estavam discutindo o constitucionalismo do pós-guerra na década de 1950, esse tema somente entra no debate brasileiro a partir da década de 1980, sendo amplamente influenciado pela doutrina alemã e a americana. A tentativa de compatibilizar doutrinas de realidades tão diferentes da brasileira apresenta alguns problemas, distanciamentos e aproximações.

Recepcionar uma doutrina constitucional que tem como pressupostos básicos o exercício da igualdade, do respeito a direitos individuais e da limitação do poder por uma constituição que serve como parâmetro e limite para todos, para ser compatibilizada com uma sociedade com tradições muito pouco democráticas torna-se um problema. Daí, resulta a pergunta: aprende-se democracia?

Uma análise das relações sociais e políticas no contexto do Brasil Colônia, do Brasil Império e da Velha República, indica como os laços entre poder econômico e poder administrativo estatal moldaram a experiência política brasileira, sempre de “cima para baixo”. Fato este, que se desencadeou a partir da importação de ideias e ideais, realizada por uma elite econômica e política, sem qualquer lastro de legitimação popular, o que resultou em um discurso teórico legalista bastante distinto dos costumes e tradições populares.

A história da colonização brasileira aponta evidências de que o país foi “conquistado”, inicialmente, como parte de um projeto de expansão comercial da Coroa Portuguesa, mas que por sua dimensão e características próprias precisou ser ocupado para exploração, controle e administração, através da colaboração entre um poder político centralizado e administradores locais privados, visto que a Coroa Portuguesa não tinha meios financeiros nem pessoal disponível para administrar de perto todo o território. O interesse inicial não era povoar as terras descobertas, mas explorá-las⁴. A produção agrária aparece como alternativa lucrativa para exploração e a colonização faz-se a partir dessa premissa.

Uma tradição patriarcal, patrimonialista, elitista e burocrática constituiu a base para a cultura política brasileira. Todas estas características contribuíram para o estabelecimento das relações sociais a partir de um contexto de pessoalidade das relações, de ausência clara de fronteira entre o público e o privado e da frequente e costumeira negociação entre as elites econômicas e os administradores do Estado burocrático, classe política por excelência.

O exercício dos direitos políticos no Brasil parece ter nascido vinculado a interesses econômicos e políticos de grupos minoritários dominantes sem qualquer lastro histórico com uma soberania construída a partir de laços de reconhecimento fraterno. A consolidação da história política brasileira e as dificuldades deste processo demonstram exatamente esse abismo ao tentar compatibilizar uma herança patrimonialista, burocrática e personalista de poder, “autista” em relação à realidade social, com uma sociedade civil em processo de identificação social, enquanto sociedade civil autônoma capaz de autogestão.

Os ideais democráticos de impessoalidade, de “regras do jogo iguais para todos”, de igualdade perante a lei, de liberdade de um em face da liberdade de todos, da distinção entre

⁴ Sérgio Buarque de Holanda demonstra este aspecto ao afirmar que “o princípio que, desde os tempos mais remotos da colonização, norteava a criação da riqueza no país não cessou de valer um só momento para a produção agrária. Todos queriam extrair do solo excessivos benefícios sem grandes sacrifícios. Ou, como já dizia o mais antigo dos nossos historiadores, queriam servir-se da terra, não como senhores, mas como usufrutuários, “só para a desfrutarem e a deixarem destruída”. HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil** – 26ª Ed – São Paulo: Companhia das Letras, 1995. Pág. 52.

público e privado, ainda colidem frontalmente com as raízes da história política brasileira e com a tradição disseminada no seio social, amparadas na pessoalidade, na cordialidade, na tradição, no patrimonialismo, nas diferenças entre a casa e a praça.

Na obra *O Direito na Pós-Modernidade* (BITTAR, 2009), Eduardo Bittar apresenta reflexões sobre o direito e a pós-modernidade brasileira que colaboram bastante para compreender esse contexto, sendo muito interessante a abordagem que realiza sobre a afirmação de uma história de ambivalências entre autoritarismos e fluxos democráticos. Fica muito evidente nesse ensaio que a inexperiência democrática está diretamente relacionada com a vivência ambígua de direitos na realidade brasileira, como resultado da insuficiência da política, fator determinante para impedir a criação de circunstâncias adequadas para o exercício de uma cidadania plena. Nas palavras do autor (BITTAR, 2009, p. 216):

“A indistinação entre o público e o privado sempre foi, por exemplo, um motivo para que a legalidade sempre fosse considerada uma dimensão normativa de validade para os outros, mas não válida para aqueles que poderiam se considerar “acima da lei”, ou seja, a ideia de legalidade, que pressupõe igualdade, jamais adentrou o espírito corporativo daqueles que se encontravam e se encontram apadrinhados pelo poder. Ora, traços culturais como estes definem os modos pelos quais os ilegalismos e as arbitrariedades sejam praticados e as políticas públicas se articulem de modo a destinar recursos públicos, por exemplo, para fins particulares.”

Questiona o autor até quando se prolongará o associativismo entre Estado e elites econômicas, principalmente no que se refere à condução de políticas públicas.

Nesse aspecto, as ponderações realizadas por Dieter Grimm na obra *Constituição e Política* (GRIMM, 2006, p. 96) quanto às condições de êxito do Estado Constitucional alemão oferecem algumas questões sobre as quais vale refletir, visto que a Alemanha pôde oferecer ao mundo exemplo de como se faz a transição de uma ditadura fracassada para uma democracia estável, com mudanças profundas na realidade social e política, através da Constituição e dos direitos fundamentais.

Alguns fatores de sucesso podem ser enumerados: a atuação do Tribunal Constitucional para validar as exigências constitucionais em face da política e para nortear as relações sociais nos termos dos direitos fundamentais, amparada no reconhecimento da normatividade da constituição; a identificação social com a Constituição, de forma que violações não sejam toleradas pelas instâncias políticas; a identidade social em face da constituição como símbolo da negação de um passado nazistas; a vinculação de todos os poderes e de todos os seus representantes às prescrições constitucionais, garantida pelas

decisões do tribunal constitucional. Uma das grandes conquistas do estado democrático alemão pode ser assim enunciada (GRIMM, 2006, p. 96): “a política não mais podia impor suas intenções sem considerar a Lei Fundamental e uma mudança exigida por essa também tinha que se realizar...” Relata o autor que as diversas questões políticas foram levadas ao Tribunal Constitucional alemão pelos cidadãos e por opositores políticos, sendo alvo de amplos debates dos quais nem sempre o resultado foi alcançado mediante consenso, fato que jamais resultou no questionamento das decisões ou na hipótese de redução de sua competência.

Posição interessante defende Gunter Frankenberg ao propor a tese de que a autoridade da jurisdição constitucional deve-se ao conflito (GÜNTER, 2009, p. 79). Nas palavras do autor (GÜNTER, 2009, p. 79):

“Mais precisamente: deve-se à percepção auto-reflexiva de controvérsias sociais no nível e na linguagem da constituição como expressão de uma “convenção básica”. Com “convenção básica” designam-se as regras conflitivas que são devidas a uma convenção explícita ou tácita, comprovável na prática social da sociedade civil.”

Reconhece Günter que o tribunal constitucional toma ciência de conflitos sociais como instância observadora e responsável pela composição destes, sabedor de que a atuação de seus integrantes reflete pontos de vista, visões de mundo e perspectivas controvertidos, colocando-se no mesmo plano de uma sociedade “rasgada pelos interesses e radicalmente pluralistas” (GÜNTER, 2009, p. 79). Uma república democrática é constituída por conflitos e portanto os conflitos configuram a essência para interpretação das liberdades de comunicação política (GÜNTER, 2009, p. 79).

Portanto o debate travado pela corte constitucional não pode nem deve ser isento. A convivência em arenas políticas públicas é por definição fragmentada, imprevisível, muitas vezes parcial, ambivalente, controvertida, causando de tempos em tempos acirramento e polarizações de posições eminentemente políticas, nascendo a legitimidade da jurisdição constitucional exatamente da autoridade atribuída a essa como instância legítima de composição de conflitos e de pacificação de sentidos para os acordos constitucionais. É necessário o reconhecimento explícito de que a corte constitucional necessariamente atua como agente político, sendo imperativo para a legitimação dessa atuação o alinhamento com os princípios de uma república democrática e a garantia de espaços de participação crítica e influente dos cidadãos.

As decisões e as fundamentações da jurisdição constitucional refletem a conflituosidade social e os caminhos escolhidos para superar o conflito. “Conflitos são constitutivos para uma república democrática” (GÜNTER, 2009, p. 79). O reconhecimento de que o dissenso faz parte das práticas democráticas e, portanto das decisões e fundamentações judiciais, elimina o paradoxo estéril entre “decisões técnicas” e “decisões políticas”, alterando a perspectiva do debate para encaminhá-lo em outro sentido: as decisões da jurisdição constitucional devem sim ser políticas e técnicas, mas apenas serão legítimas se refletirem em suas fundamentações o pacto democrático e a lealdade às regras do jogo, perdendo a legitimidade se sucumbirem a tentações de transigir com práticas estratégicas e não cooperativas.

E para que atendam aos pressupostos de legitimidade da democracia deliberativa, além das exigências acima mencionadas, devem as decisões da corte constitucional de caráter vinculante atender a um ônus mais robusto de argumentação (NASCIMENTO, 2012). Considerando-se que a participação influente dos cidadãos é pressuposto fundamental do sistema democrático, e que o discurso de aplicação de normas pressupõe discurso legítimo de fundamentação, a consolidação de acordos semânticos e de sentidos construídos nas decisões de efeito vinculante não podem contentar-se apenas com os votos e acordos produzidos pelos componentes do tribunal constitucional. A realização de audiências públicas e a possibilidade de intervenção de *amici curiae* não devem ser meras escolhas dos membros da corte constitucional, mas sim uma exigência do devido processo democrático. As fundamentações das decisões prolatadas devem necessariamente considerar e se manifestar a respeito dos pontos controvertidos fixados nas audiências públicas e nas intervenções realizadas, a fim de que sejam explicitadas as escolhas realizadas, os fundamentos aceitos, os fundamentos rejeitados e, portanto, os sentidos intersubjetivamente pacificados naquele debate. As decisões e fundamentações precisam ainda manter coerência e compromisso com o pacto democrático no sentido do “equilíbrio reflexivo”, a fim de cumprir a exigência moral de generalização e honrar a igualdade deliberativa. Aqui, o sentido de igualdade deliberativa apresentado por Sager (2007) precisa ser ampliado para uma dimensão coletiva: se esta igualdade pressupõe o direito de igual participação para ser ouvido, debater direitos e obter resposta fundamentada em processos subjetivos, em processos objetivos essa exigência precisa ser garantida a todos os que dele queiram participar, pois seus efeitos serão sentidos por toda a comunidade.

Quanto à atuação da Justiça Eleitoral, tanto em sua manifestação como jurisdição eleitoral com efeito vinculante quanto no exercício do seu poder regulamentar, podem ser

construídas conclusões semelhantes. Por ser atribuição dessa justiça especializada a efetivação dos direitos políticos de participação e a garantia do devido processo eleitoral, verifica-se que permanentemente estarão em jogo o debate a respeito das condições para o exercício da democracia. Sob essa perspectiva, a participação influente voltada para o convencimento de todos os possíveis atingidos por tais atos é pré-requisito essencial da igualdade deliberativa. E as decisões, as fundamentações e os consensos intersubjetivos fixados a partir do exercício da igualdade deliberativa terão reflexo imediato na garantia da igualdade eleitoral, pois servirão de parâmetro e limite para esse exercício.

Resta evidente a função e a responsabilidade estabilizadoras do sistema democrático brasileiro atribuídas à Constituição, à jurisdição constitucional e à jurisdição eleitoral no que se refere aos direitos políticos de participação.

4. Considerações finais

O constitucionalismo contemporâneo mudou a forma, o sentido e o conteúdo do que se compreende como constituição. A constituição passou a ser a condição de possibilidade para o entendimento de uma comunidade que se pretende como autora e destinatária das suas normas de convivência, passou a ser o acordo prévio que estipula as regras do jogo democrático. Como projeto, incorporou valores na forma de princípios que devem conformar toda a ordem jurídica, e para garantir as condições democráticas de coexistência, trouxe o controle da constitucionalidade e o exercício da jurisdição constitucional para o centro do debate. Uma prática constitucional diferente induz novas formulações teóricas na ciência jurídica, o que implica a necessidade de repensar o direito a partir dessas novas práticas. Nesse contexto, a ciência jurídica passa a ser metagarantia porque o código jurídico é o limite do que se faz.

Compatibilizar democracia, como soberania popular, e constitucionalismo, como limite ao poder, passa a ser um desafio. Essa tensão se evidencia na contraposição do poder majoritário da legislação em face do poder contramajoritário da jurisdição. Interessante notar que nos Estados Unidos e na Alemanha, o debate acerca da legitimidade da jurisdição

constitucional ocorre de forma bastante intensa, ao contrário do que ocorre no Brasil, em virtude da tradição paternalista e pessoal enraizada na cultura brasileira.

No Brasil, o debate a respeito da jurisdição constitucional tem sido travado no que se refere ao conteúdo das decisões, mas não em face da legitimidade dos que a realizam. Aqui, é subjacente a premissa de que, dado que os ministros foram nomeados para a suprema corte e para o Tribunal Superior Eleitoral, as decisões emanadas desses órgãos sejam consideradas legítimas. Da mesma forma as normas expedidas por órgãos com competência regulamentar também são aceitas sem o questionamento a respeito das condições de legitimidade para sua expedição. Essa postura aproxima-se bastante da justificativa kelseniana para a norma jurídica: a norma é produto do sujeito autorizado. A legitimidade parece contentar-se com uma competência formal, sem compromisso com o devido processo para garantia da participação influente dos interessados que sofrerão os efeitos dos atos. É preciso avançar.

Aprende-se democracia? Pois, é. Quer parecer que democracia é aprendizado e construção diária. Partindo-se da premissa de que a democracia brasileira, nos termos propostos pela carta de 1988, foi estabelecida com base nas prescrições do constitucionalismo contemporâneo, amparada por uma constituição escrita e pela instauração de uma jurisdição constitucional e por uma jurisdição eleitoral, como fórmula e projeto prospectivo capaz de vencer um passado de espasmos democráticos com predomínio de períodos de exercício arbitrário de poder, precisa agora completar a transição.

É preciso ultrapassar a pré-modernidade e a modernidade que ainda hoje é vivenciada no Brasil. Explica-se: é preciso romper as relações embaralhadas entre o político e o econômico que ainda imperam, é necessário finalmente compreender que o público e o privado não se misturam. É preciso reconhecer que, no estado democrático de direito, igualdade e legalidade valem para todos sem exceção. Parece óbvio, mas exemplos de arbitrariedade, corrupção e impunidade reverberam por todos os lados, intoxicando as relações de cidadania e demonstrando que esse ainda é um projeto não implementado. Finalmente, é imprescindível que se aceite a normatividade constitucional como válida para todos. Mas essa normatividade precisa de compromisso, precisa de consensos mínimos intersubjetivos construídos e densificados em arenas legítimas de participação. Como um romance em cadeia, a experiência democrática não permite que capítulos desconectados sejam escritos a cada momento, com deformações de sentido periódicas forjadas conforme interesses políticos desvirtuados por uma lógica que não é a do entendimento. Coerência e

compromisso constitucional são essenciais. Somente a atuação de agentes públicos e cidadãos coerentes e compromissados é capaz de construir laços democráticos legítimos estáveis.

Vale ressaltar que não se ignora o fato de que as disputas por cargos eletivos e as disputadas partidárias empreendidas no espaço do parlamento e do poder executivo sejam orientadas pela lógica estratégica. Mas essas disputas precisam encontrar limites nos parâmetros fixados através dos acordos construídos pelo entendimento, de forma cooperativa.

Nesse sentido a atuação da corte constitucional e da Justiça Eleitoral é emblemática. Os consensos mínimos intersubjetivos que vão se estabelecendo através das decisões desses órgãos e do poder regulamentar da Justiça Eleitoral sedimentam e enraízam na sociedade a construção do conceito de cidadania e de legitimidade democrática. Se a atuação desses órgãos é frouxa e esquizofrênica, também o será o exercício da cidadania e por consequência, o exercício dos direitos políticos.

Não é possível atender a dois deuses: é impossível compatibilizar uma sociedade estamental, patrimonialista e forjada na pessoalidade, sem limites para atuação com a ideia de igualdade. Não é possível transigir ora com ações estratégicas e ora com ações cooperativas quando se trata das condições da democracia. É necessário que o Supremo Tribunal Federal e a Justiça Eleitoral se posicionem firmemente para dirimir conflitos políticos tendo em vista a cooperação para o entendimento.

Reconhecer que conflitos e negociações políticas fazem parte do exercício republicano democrático é o primeiro passo para avançar-se rumo à consolidação de práticas democráticas. No entanto, o que garantirá a transição efetiva para uma dinâmica social inclusiva e uma cidadania ativa será uma atuação das instâncias constitucionalmente responsáveis por densificar sentidos e compromissos democráticos radicalmente comprometidas com um projeto cooperativo.

O Supremo Tribunal Federal e a Justiça Eleitoral são os agentes responsáveis por garantir e induzir as condições de convivência democrática e as condições de permanente oxigenação do diálogo social. Ações e compromisso inequívocos nesse sentido são premissas para consolidação de uma sociedade que se quer democrática.

Referências

- BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e outro. **Limites do Controle de Constitucionalidade**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2009.
- BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade (e reflexões frankfurtianas)**. Editora Forense Universitária. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: 2009.
- CARBONELL, Miguel e Leonardo García Jaramillo. **El Canon neoconstitucional**. Editorial Trotta. Madrid: 2010.
- COSTA, Danilo Zolo e outros. **O Estado de Direito: história, teoria e crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Editora Del Rey. Belo Horizonte: 2006.
- GÜNTER, Frankenberg. **Tribunal Constitucional e Sociedade Civil**. In Bigonha, Antonio Carlos Alpino e Luiz Moreira (org.). **Limites do Controle de Constitucionalidade**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2009.
- HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Martins Fontes. 2ª Ed. São Paulo: 2007.
- _____. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Editora Loyola, 2002.
- _____. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**, volumes I e II. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- _____. **Positivismo, pragmatismo e historicismo**. In: **Conhecimento e Interesse: com um novo pós-facio**. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.
- _____. **Pensamento Pós-Metafísico: estudos filosóficos**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.
- _____. **Verdade e Justificação**. São Paulo: Editora Loyola, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Martins Fontes. 2ª Ed. São Paulo: 2007.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil – 26ª Ed – São Paulo: Companhia das Letras, 1995.**
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. Martins Fontes. São Paulo: 2007.
- NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. **Refletindo sobre a carga argumentativa nas decisões vinculantes do Supremo Tribunal Federal**. Texto gentilmente cedido durante as aulas do Curso de Doutorado da Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro: 2012.

SAGER, Lawrence G. **Juez y Democracia-Una teoria de la prática constitucional norteamericana**. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid: 2007.

STRECK, Lenio. **Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4ª edição. Editora Saraiva. São Paulo: 2011.

WALDRON, Jeremy. **O Judicial Review e as Condições da Democracia**. In Bigonha, Antonio Carlos Alpino e outro. **Limites do Constrole de Constitucionalidade**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2009.