

Democracia acima de tudo, Constituição acima de todos

A presente resenha se destina a registrar a passagem do Ministro Luiz Edson Fachin pelo projeto Unibrasil Futuro, para tratar de democracia e Constituição Federal. Tema atual e que instiga e assusta especialmente os pesquisadores das áreas de democracia, jurisdição e direitos fundamentais.

O Ministro atenta para o processo de erosão democrática, especialmente a partir da apresentação do grave quadro de decaimento do déficit democrático em nossa sociedade, e nos preenche de esperanças quanto à sua consideração de que as instituições democráticas estão, antes de tudo, fortes e disponíveis à manutenção do Estado Democrático de Direito.

AUTORAS

Estefânia Maria de Queiroz Barboza - doutora e mestre em Direito; professora no programa de pós-graduação em Direito da UFPR; professora no mestrado em Direito da Uninter; professora visitante na Faculdade de Direito de Toronto e no Doutorado de Messina; representante da UFPR na Cátedra de Direitos Humanos da AUGM.

Roberta Sandoval França Nogarolli - mestrandia; sócia-fundadora de Sandoval França & Advogados Associados; atua nas áreas de Direito de Família e Direito Cível; mediadora certificada pelo IMAB e pelo Conselho Nacional de Justiça.

O quadro de erosão democrática é mundial e não ocorre apenas no Brasil. O número de democracias eleitorais cresceu de 35, nos anos 70, para 110, em 2014, seguindo até este momento a previsão de Fukuyama¹ sobre o Fim da História, no qual o autor afirma que o período da história do pós-guerra termina com a universalização da democracia liberal ocidental como a forma final e ideal de governo no mundo.² Entretanto, o próprio Fukuyama analisa o processo de recessão democrática que se inicia em 2006, mas que ganha força a partir de 2014. Por outro lado, órgãos de análise dos índices de democracia no mundo têm alertado para as quedas dos regimes democráticos. O Freedom House³ alerta que em todas as regiões do mundo a democracia está sob ataque de líderes populistas, bem como há queda nos índices de liberdade de imprensa, liberdade religiosa, independência do judiciário, liberdade acadêmica e outros direitos de liberdade.

Os processos recentes de erosão democrática se diferenciam de golpes abertos à democracia e rupturas constitucionais. A erosão atua justamente por dentro das instituições, cooptando-as para que não possam exercer seu trabalho com a autonomia necessária para a regulação e controle do poder político. Quando um governante autoritário busca não só atacar os outros poderes, mas também fragilizar os órgãos que possuem autonomia para impedir sua atuação inconstitucional e até criminosa, observa-se também a fragilização democrática.

Os novos autoritarismos, ou novas *democraturas* buscam disfarçar o processo de erosão democrática, para que pareçam, perante a comunidade internacional como democracias liberais⁴, para que não sofram nenhum

¹ FUKUYAMA, Francis. Why is Democracy Performing so Poorly? *Journal of Democracy*, v. 26, n. 1. January 2015, p. 1.

² FUKUYAMA, Francis. The End of History? *The National Interest*, n. 16, 1989, p. 3-18.

³ FREEDOM HOUSE. Nations in Transit 2020. Dropping the Democratic Façade.

⁴ SCHEPPELE, Kim Lane. Worst Practices and the Transnational Legal Order (Or How to Build a Constitutional “Democratorship” in Plain Sight). Background paper: Wright Lecture, University of Toronto, Nov. 2, 2016.

tipo de sanção. Assim os novos democratas aprenderam a minar o sistema democrático de seus países utilizando-se das regras formais e constitucionais com aparente verniz democrático e constitucional, mas que buscam fragilizar o principal pilar de sustentação dos regimes democráticos, o princípio da separação de poderes.

Nesse sentido, Schepelle aponta que no mundo dos democratas (ditadores com roupagem democrática)⁵ ou do constitucionalismo abusivo⁶, a hipocrisia guia a criação de novas formas de governo, uma vez que os líderes empenhados em consolidar o poder agora se utilizam do escudo constitucionalista e agem em nome da democracia, concentrando poderes desordenados e descontrolados em poucas mãos. Para além disso, a ordem jurídica transnacional em torno do constitucionalismo é mantida unida com base em truques jurídicos dos democratas⁷, ao mesmo tempo em que há uma crença sincera de que as práticas são compatíveis com a democracia e o constitucionalismo liberal, quando na verdade estão atacando e destruindo seus alicerces.

Dentro dos novos autoritarismos ou democraturas, o que se percebe é que há uma tentativa de empacotamento e fragilização das Cortes Constitucionais, quer seja com a criação de novos cargos de juízes para nomeação pelo governo autoritário, quer seja com um processo de intimidação para que a Corte decida a favor das emendas constitucionais que centralizam os poderes na figura do líder autoritário. Em ambos os casos, a Corte teria sucumbido ao golpe constitucional.

Outro tema de importância trazido pelo Ministro Fachin diz respeito à relevância das eleições periódicas para a vivificação da democracia. O Ministro, que atualmente ocupa o cargo de vice-presidente do TSE, assumirá a presidência do referido tribunal em 2022, ano de eleições presidenciais e num contexto altamente conflituoso. O conflito vem sendo in-

flado pelo atual Presidente da República, que como outros líderes populistas busca fragilizar e atacar o processo eleitoral⁸ para deslegitimá-lo em caso de derrota. Esta foi a experiência de Trump, em 2020, que levou à invasão do Capitólio⁹, e neste sentido chama a atenção de toda a sociedade para garantir a credibilidade do pleito eleitoral, já que os ataques às eleições também têm sido um método de regimes autoritários.

Para Fachin, importa considerar, inicialmente, que quando se fala em democracia deve se ter em mente uma ordem normativa, um Estado de Direito, não apenas um Estado legal de Direito, mas um Estado Democrático de Direito cujo vigor se encontra na própria organização dos dissensos, enquanto uma unidade do sistema de produção de sentidos, feita pelos diversos atores e pelas diversas instituições democráticas que atuam como delegatários do poder que emana do povo. Também entende que é possível pensar na democracia enquanto manifestação direta do povo, nos termos previstos na Constituição, como nos casos de plebiscitos e referendos.

Nesse sentido, entende pela necessidade de um consenso, organizador dos dissensos pela democracia, e que seja capaz de proteger as instituições democráticas de ruptura ou rupturas. Assim, defende que inevitáveis tensões e conflitos sejam sempre mediados pelos limites e pelas possibilidades desse Estado de Direito Democrático.

Fachin também se utiliza da metáfora da democracia construída em um canteiro de obras, onde há muitos sons e ruídos, para dizer que o fundamental é que a democracia se faz continuamente, por meio do embate e dos dissensos, sendo essa sua chama essencial.

E não há dúvida de que, ainda que deficitário ou incompleto, o sistema democrático supera, em muito, e também em qualidade, todas as alternativas de organização política que sejam

⁵ SCHEPPELE, K. L., Worst Practices and the Transnational Legal Order [...].

⁶ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. April 3, 2013. 47 UC Davis Law Review 189, 2013, FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 646.

⁷ SCHEPPELE, K. L. Worst Practices and the Transnational Legal [...], p. 4-5.

⁸ <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/05/tse-ja-sinaliza-que-eleicao-de-2022-nao-tera-voto-impresso-mesmo-se-congresso-aprovar-a-medida.shtml>

⁹ <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/11/em-ataque-a-democracia-trump-mente-ao-citar-fraudes-na-eleicao-americana.shtml>

baseadas no princípio autoritário.

Por isso, atenta Fachin pela necessidade do desenvolvimento de um “credo democrático”, através de ações pró-ativas e reativas, manejadas por todos os protagonistas da cena pública, no sentido do fortalecimento da democracia e do engajamento político. E nesse espaço, todos participamos por ação ou omissão.

Ainda, considerou relevantes o crescimento do desinteresse pela política e a debilitação da adesão ao regime democrático por parte da sociedade brasileira que, ao seu ver, decorrem em uma primeira análise da crise de participação nos processos eleitorais; e uma segunda ratio de uma crise de engajamento, enquanto a própria fragilidade do apego coletivo à forma democrática de governo. Neste mesmo sentido, já apontava Juan Linz nos seus estudos sobre a transição democrática brasileira a ausência de uma visão de benefício por parte da população mais pobre em relação à democracia.¹⁰

Para respaldar suas observações, apresenta dados estatísticos lançados pela Organização Não-Governamental Latinobarómetro¹¹ quanto ao ano de 2019, que identificou o Brasil na 15ª posição, dentre 18 países pesquisados, quanto ao nível de apoio democrático, superando, apenas, Honduras, Guatemala e El Salvador.

Nesse mesmo espectro, trouxe que a mesma pesquisa foi capaz de indicar que no Brasil, o nível de apoio democrático é de 34%, portanto menos que a média atual do conjunto de países latinoamericanos que é de 48%. Menos, também, que a média histórica brasileira, que é de 43,28% em termos de nível de apoio democrático, o que serve para demonstrar o grave momento democrático vivenciado pelo país, que por sua vez influi na própria organização dos dissensos, na produção normativa

e no funcionamento das instituições. Veja-se que, de 2010 a 2018, no Brasil, o nível de apoio à democracia despencou de 54% para 34% entre seus cidadãos e cidadãs.

O Ministro trouxe também informações a respeito de outras pesquisas, inclusive do Datafolha que, mais otimistas, apontam que apenas 10% dos entrevistados veem a ditadura como fórmula de governança aceitável para o país, o que lhe causou especial espanto, já que a pesquisa considera, ao lado da democracia, o seu antônimo, a ditadura!

Em uma opção democrática, os dissensos são produzidos e devem ser enfrentados, já a via do autoritarismo elimina o próprio sentido do dissenso. O autoritarismo elimina a oposição e a crítica, de modo que não pode ser considerado uma organização política capaz de organizar dissensos e produzir sentidos que atendam não apenas a vontade majoritária da população, mas que sejam capazes de propiciar às instituições, quando necessário, especialmente ao Poder Judiciário, a sua proteção contramajoritária.

Ainda para demonstrar a crise de engajamento, apresentou dados da pesquisa do Datafolha na qual 22% dos pesquisados haviam se declarado na alternativa tanto faz para a opção entre ditadura e democracia, e cerca de 10 a 12% dos entrevistados entendeu o regime militar como modelo de governo preferido.

Desse modo, o Ministro retoma a obra “Como as democracias morrem”, de Levitsky e Ziblatt, na medida em que na opinião desses autores as eleições são o DNA da democracia, embora a democracia não se esgote nelas.

Alerta o Ministro para o perigo populista de ataque aos resultados da eleição, já que as eleições e o processo eleitoral buscam, justamente, o funcionamento regular e estável das eleições periódicas e ao mesmo tempo sustentam a própria estabilidade da democracia.

Um dos princípios essenciais para a estabilidade democrática, conforme apontado pelo Ministro, é o princípio da legitimidade das eleições que asseguram e exigem que o processo eleitoral se desenvolva e se oriente por criteriosos padrões de integridade, a fim de que seus resultados sejam social e politicamente aceitos, ao mesmo tempo possam ser considerados juridicamente válidos e que, ainda, sejam passíveis de ratificação pelos órgãos de controle. Não se trata meramente do simples respeito cartesiano às regras

¹⁰LINZ, Juan J. A transição e consolidação da democracia – a experiência do sul da Europa e da América do sul. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p.211.

¹¹<https://www.latinobarometro.org/lat.jsp>,

do jogo; compreendem o respeito às regras do jogo mas, para além disso, compreendem, também, os conceitos jurídicos expressos no §9º, artigo 14, da Constituição Federal, quanto a normalidade e a legitimidade das eleições, o que exige, por sua vez, a franqueza da disputa eleitoral.

Por isso, ensina que para manter e preservar a democracia é fundamental preservar a legitimidade das eleições, a legitimidade das consultas populares, porque dialogam diretamente com a preservação da harmonia social e reconhecem, na realização periódica das eleições, mecanismos de enfrentamento de dissensos e, conseqüentemente, de superação desses dissensos pela legitimação de um governo formado a partir da vontade popular, o que, por sua vez, serve para impedir a desconfiança nas próprias autoridades eleitas.

Ressalta, ainda, que as eleições periódicas têm por objetivo manter a qualidade da representação, a legitimidade da ordem jurídica democrática e funcionam como freios à eventual instalação da corrupção eleitoral nos espaços

burocráticos do governo. Além de ser por meio das eleições que se estabelece o acesso da sociedade na construção do Estado que deseja ter.

Prossegue inferindo que se soma ao princípio da legitimidade das eleições o princípio da igualdade de oportunidades entre os diversos candidatos, de modo que não basta que as eleições democráticas sejam livres, é preciso que equitativamente sejam competitivas. Sendo esses princípios garantidores da própria estabilidade política do Estado. Isso significa dizer que não se pode admitir que ganhadores e perdedores estejam definidos antes da partida.

Não há, portanto, nas palavras do Ministro, a possibilidade de reconhecimento de processo eleitoral que não fulcrado na observância dos princípios da legitimidade, da igualdade de oportunidade e da proteção do processo eleitoral.

Por isso, aponta especial consideração para que toda e qualquer reforma eleitoral ou normativa deva ter em mira a proteção do sistema eleitoral, e não a sua ruína. É na preservação



das conquistas asseguradas que se perfaz a manutenção do próprio Estado Democrático.

E não sem razão, aduz em sua exposição que, para além do respeito e da consideração principiológica, a democracia exige contínua observação e desenvolvimento de uma cultura democrática hábil a desconstruir e a desconstituir os dados concretos trazidos pelas estatísticas inicialmente apresentadas.

Para ele, é através da educação, da cultura democrática, que haverá a superação das duas crises referidas, através de uma ampla participação política e de uma maior conscientização quanto à importância das eleições periódicas. E é por meio de um amplo debate público, a partir de um amplo processo de construção da deliberação, no qual, mais do que decidir e resolver a deliberação, pode significar ponderar, refletir e escolher que a resposta correta possa ser encontrada.

É certo que todo processo democrático pressupõe problematizações, dissensos e divergências. No entanto, esse ambiente é próprio do equilíbrio instável das democracias que exige um diálogo permanente sobre justiça, sobre meio ambiente, sobre as premissas e as possibilidades do desenvolvimento social e econômico e o papel do Estado e da iniciativa privada.

Fachin também demonstra especial preocupação não apenas com o empobrecimento moral da sociedade, mas com seu empobrecimento material e, mais fortemente, demonstra a sua preocupação com a preservação das conquistas advindas com a própria Constituição ao longo das suas três décadas de conquistas e avanços. Para ele, diálogos democráticos contínuos devem considerar e refletir sobre os retrocessos de direitos e de garantias que, muitas vezes, se dão pela afronta à Constituição.

Nas palavras do Ministro, o direito deve ser

“ instrumento de justiça e também deve ser instrumento para impedir e para obstar os retrocessos. ”

A segurança jurídica que importa não é a formal, mas a substancial que assegura a igual consideração e respeito ao outro.

O processo democrático se dá, deste modo, no ambiente do dissenso, da problematização e do embate, mas se perfaz na compreensão “do paradigma plural, multinível, cooperativo, dinâmico e participativo”. O desafio está posto: a consideração e a subsunção do agir individual em favor do melhor interesse do grupo,

seja na seara ambiental ou social, a fim de inviabilizar a tragédia dos comuns.

Nesse particular, e já se aproximando de suas considerações finais, diz o Ministro que o papel das instituições do sistema de justiça, considerando esse tempo pandêmico, especialmente no contexto assimétrico e desigual da sociedade brasileira, a teoria dos diálogos, das trocas verticais e horizontais, impõem a juízes e jurisdicionados, defensores públicos, advogados públicos, advogados privados, agentes do Ministério Público, conexão à realidade concreta e ao sentido da vida coexistencial.

Cabe, portanto, à jurisdição constitucional, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, o papel de aplicar os parâmetros de controle da constitucionalidade diante dos direitos e deveres da vida coexistencial. Parâmetro esse que é enaltecido pela cláusula de abertura do §2º do artigo 5º da Constituição, para alcançar, também, o controle de convencionalidade, de modo a dar potência às resoluções, tratados internacionais e documentos normativos vinculantes. Deste modo, a jurisdição constitucional tem também o papel e a função contramajoritária a ser levada a efeito, especialmente no ambiente de dissensos e divergências da democracia.

Então, no seu sentir, é a própria Constituição quem define, enquanto parâmetro e limite, o enfrentamento dos dissensos dados no caso em concreto, de modo que dos magistrados não se espera nem o ativismo hipertrofiado, superlativo e nem tão pouco a sua omissão, já que o trabalho dos juízes constitucionais é o da defesa da constituição.

Por outro lado, afirma que os julgamentos se orientam não no contexto da última palavra, uma vez que se trata não da última palavra, mas do enfrentamento da temática concreta para o fim de se encontrar a resposta correta, a resposta adequada. E afirma que “no âmbito dessas respostas, não há dúvida que dentro dos limites e possibilidades

da Constituição, a tarefa primeira é a tarefa da defesa das instituições inerentes à sociedade democrática”. Portanto, é também papel dos juízes constitucionais “a fé no credo democrático”.

O norte a ser seguido, apoiado nas palavras de Ernst Bloch, é o de sermos “guiados pelo compromisso com as gerações do presente e as gerações do futuro”; guiados pela lealdade constitucional; pelo compromisso de cumprir a constituição e pela fidelidade constitucional. Tendo o cuidado de não converter a Constituição aos argumentos de ocasião. São os detentores do poder que devem obediência à Constituição, e não o inverso”.

O juiz necessário é, portanto, aquele que se fulcre na fé constitucional, que “não refuta comunhão à diversidade, não elogia a tortura, não emana cumprimentos a regimes arbitrários ou ditatoriais totalitários, como também não condena sem provas e, ao mesmo tempo, não deixa de condenar aqueles que sucumbiram à força sedutora do ouro e da prata”. O juiz necessário à preservação e ampliação da democracia, nesse particular, é um “juiz constitucional que não se resume a ser um despachante de papéis, nem sucumba às oscilações mercuriais do poder e nem faça medidas desagradáveis a quem quer que seja”, e que, ao mesmo tempo,

“ seja rigoroso quando deve e correto quando se impõe, sem fulanizações processuais, que diluem a autoridade do poder judiciário. ”

Para ele, tanto ao credo normativo constitucional, como ao credo democrático, importa a observância da legitimidade, da capacidade e da independência. A preservação das liberdades e o combate àqueles que flertam com o arbítrio ou estimulam a organização política fundada no princípio do autoritarismo.

Grava com especial importância a necessária atenção à disseminação das “Fake News” como forma de manter alinhado com a confiança no futuro. Para encerrar, considerando que há motivo de orgulho, ainda que sob franco ataque, a democracia brasileira está sendo preservada pelas instituições democráticas. Segundo entende, não há em solo brasileiro crise institucional. As instituições não fracassaram. São da estrutura do Estado brasileiro e essenciais à vida democrática. Não há, de igual modo, que se falar em crise constitucional; antes, ao contrário, é à Constituição Federal que se recorre no cotidiano da vida.

Pondera, no entanto, que a reflexão permanente é não apenas necessária, mas essencial em tempos pandêmicos que serviram para acentuar a desigualdade social e econômica no Brasil. Desigualdade essa que precisa ser enfrentada, no sentido de resolver questões como as da impunidade seletiva; da justiça morosa; dos encarcerados sem julgamento; da intensa violação de direitos humanos para, enfim, alcançar uma sociedade “aberta, livre, justa e solidária”. Recuperando o sentido da coexistencialidade. O sentido de todos nós em comunhão com um projeto de justiça, de igualdade e de liberdade.

De sua fala decorre considerar que, é do enaltecimento à igualdade, consideração e respeito do outro que se constrói uma sociedade mais fraterna e por isso mais apta a obstaculizar o déficit democrático, e capaz de propiciar a superação das crises de legitimidade e de engajamento no processo democrático. Para além disso, o regime central da Constituição é a democracia, assim como são os valores inseridos na própria Constituição, pelo legislador originário, que sustentam a própria democracia. Uma, portanto, não existe sem a outra, no contexto brasileiro. A preservação da democracia perpassa pelo reconhecimento, aplicação e efetividade dos princípios constitucionais, inclusive os de respeito e proteção das suas instituições e dos seus processos democráticos institucionalizados.