Congresso Nacional e TSE dialogam por eleições sem riscos à saúde da população em meio a uma pandemia.

BRUNO CEZAR ANDRADE DE SOUZA

Sobre o autor:

Bruno Cezar Andrade de Souza. *Mestre em Direito Constitucional. Especialista em Direito Eleitoral. Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP). Servidor da Justiça Eleitoral.*

RESUMO

O presente artigo aborda a teoria do diálogo institucional e como é possível identificar sua aplicação no cenário de pandemia que atingiu o Brasil no ano de 2020. O texto mostra como apenas a partir de uma atuação dialógica entre Congresso Nacional e Tribunal Superior Eleitoral foi possível realizar eleições sem que, com isso, se colocassem em riscos desnecessários os eleitores e eleitoras brasileiros.

Palavras-chave: diálogos institucionais, democracia, saúde pública

ABSTRACT

This papper addresses the theory of institutional dialogue and how it is possible to identify its application in the pandemic scenario that hit Brazil in 2020. The text shows how it was only possible to carry out a dialogic action between the National Congress and the Superior Electoral Court. elections without thereby putting Brazilian voters and female voters at unnecessary risk.

Keywords: institutional dialogues, democracy, public health

TEORIA DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL

A teoria do diálogo institucional funda-se na inexistência de primazia de intérprete da Constituição entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Vem, com isso, como uma reação àquelas teorias que se baseiam no Poder Judiciário como detentor da última palavra no que se refere à hermenêutica constitucional. Para os adeptos do diálogo institucional, o sentido da norma constitucional exsurge de um debate público entre as variadas instituições, não havendo hierarquia superior à do Poder Judiciário, que é visto como instituição não capacitada para decidir, avaliar e ajustar de forma adequada determinadas questões, mormente políticas públicas.

A teoria do diálogo institucional surge como uma nova perspectiva no cenário do constitucionalismo a partir da segunda metade do Século XX para compreender o fenômeno da constitucionalização do Direito e o fato de que a expansão da influência do Poder Judiciário encontrou resistência nos demais poderes constituídos. Assim, buscou-se compreender como seria possível adequar uma nova maneira de interseção dos poderes de forma harmônica.

Embora alguns autores já tenham mencionado a importância das trocas entre as instituições para que fossem alcançados os melhores resultados no campo da interpretação constitucional[1], o diálogo institucional ganha proporções analíticas consideráveis principalmente com o advento da Carta Constitucional canadense. Esse normativo, embora seguindo a linha das constituições ocidentais do Século XX com a previsão do controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário, trouxe a possibilidade da superação do posicionamento judicial por parte do Poder Legislativo com a inclusão da cláusula "não obstante" na carta de direitos e liberdades do Canadá.[2] [3]

O diálogo institucional, contudo, na maioria das vezes não é encontrado de forma institucionalizada como ocorreu no Canadá. Em geral, identifica-se o colóquio entre instituições nas interfaces temáticas comuns que são tratadas por tais instituições e a forma como cada uma delas responde aos assuntos. Assim, o diálogo surgiria em um contexto já desenhado da tradicional divisão de poderes.

DIÁLOGO INSTITUCIONAL E SEPARAÇÃO DE PODERES

Gargarella[4] afirma que a teoria do diálogo institucional é interessante e persuasiva já na forma como é denominada. Para o autor, a própria intitulação da teoria de "diálogo" já traz consigo uma conotação carregada de simbologia positiva, uma vez que o diálogo mitiga eventual caracterização de posições antagônicas e hierarquizadas entre as partes que dele participam e, ainda, estabelece uma relação civilizada e respeitosa entre as instituições.

De igual sorte, o autor afirma que a teoria do diálogo institucional tem uma importante função de distensionar uma eventual disputa entre os poderes sobre a quem caberia a última palavra no que se refere à interpretação constitucional. Dessa forma, para Gargarella[5], o diálogo institucional ajuda a reposicionar as instâncias políticas de forma que estas voltem a ter proeminência no processo de tomada de decisões.

Embora aponte tais virtudes na teoria dialógica, Gargarella[6] lança uma reflexão sobre a incompatibilidade dessa teoria com o sistema normativo que em geral é aplicado. O autor parte de uma análise acerca da prejudicial e ine-

1 Por todos ver: BICKEL, A. M. The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics. New Haven: Yale University Press, 1986. p. 65–73.

2 VICTOR, S. A. F. Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 2015.

3 A cláusula "não obstante" permite ao parlamento manter vigente algum ato considerado inconstitucional por parte do Poder Judiciário. Para tanto, o parlamento deve tornar a lei revisora da decisão judicial imune ao controle de constitucionalidade por até 5 anos.

4 GARGARELLA, R. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, R. (org.). Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014

5 Ibid.

6 Ibid.

ficaz tentativa de fomento de diálogo institucional no, como anteriormente mencionado, contexto tradicional de distribuição de poderes entre as instituições. Para tanto, afirma que o sistema tradicional de freios e contrapesos foi pensado e erigido para canalizar agressões e impedir a mútua destruição entre os poderes, tarefas opostas ao estabelecimento de diálogos, de ajuda e de aprendizado construídos interinstitucionalmente.

Gargarella[7] assevera que o somatório de opiniões e razões tem pouca relação com um efetivo intercâmbio de ideias. Nesse sentido, para o autor, a lógica deliberativa de um diálogo institucional não se mostra atrativa com a forma pela qual o sistema de freios e contrapesos estabelece os intercâmbios institucionais. O autor ainda critica a teoria do diálogo institucional em seu aspecto de participação cidadã. Isso porque, para Gargarella, as principais instâncias que normalmente são definidas como componentes do diálogo carecem em alguma medida de participação popular, notadamente quando se identifica uma crise de representatividade em relação ao Poder Legislativo.

É importante frisar, contudo, que a crítica relacionada à falta de participação popular na tomada de decisão não é exclusiva da teoria dialógica. Na verdade, há teorias que se podem identificar exclusão popular ainda mais perniciosa ao regime democrático. Por exemplo, Ramos[8], ao aprofundar estudos sobre ativismo judicial, afiança que não se deve cometer o erro de se buscar a concretização de um constitucionalismo democrático de forma elitista centrada em um grupo diminuto de pessoas e relegando-se, com isso, o povo a um papel secundário.

Häberle[9] compreende que realmente há múltiplos intérpretes da Constituição e cada um ocupa um espaço na construção hermenêutica. Para o autor, a interpretação do legislador diferencia-se qualitativamente daquela realizada pelo juiz constitucional. A diferenciação está diretamente relacionada aos limites impostos a cada um dos atores que têm bases técnicas distintas para consubstanciar suas decisões.[10]

Nessa mesma linha, Pinilla[11] afirma que, muito embora no Brasil o STF tenha oficialmente o papel de intérprete da Constituição, o Poder Judiciário não é o único a exercer tal tarefa. Com isso, suprime-se uma primazia judicial em relação aos demais poderes. O autor vai mais além e afirma que o Judiciário está condicionado ao estabelecimento de diálogo com órgãos internacionais e suas decisões no âmbito da proteção dos direitos humanos e fundamentais.

Então, ainda que o papel exercido pelo STF seja condizente com o desenho institucional a ele reservado, sua atuação deve pautar-se no respeito ao regime democrático, que não exige da Corte Superior uma permanente superioridade no que se refere à interpretação constitucional. É imperioso, nesse sentido, compreender que há limites de atuação de cada um dos poderes e que o entendimento manifestado no âmbito jurisdicional pode ser superado mediante debate e deliberação com outras instituições e com a influência da população.[12]

É perceptível que o estabelecimento de um diálogo, ou ao menos o respeito mútuo, entre o STF e o Congresso Nacional sobre determinados temas é desejável e preserva o papel de cada um dos poderes dando uma nova rou-

7 Ibid.

8 RAMOS, E. da S. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2015

9 HÄBERLE, P. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

10 É importante destacar que, embora Häberle defenda a pluralidade de intérpretes do texto constitucional, o autor compreende que há institucionalmente um papel exercido pelo Poder Judiciário no que tange à última palavra em relação a tal interpretação. Afirma, contudo, que seja qual for a interpretação constitucional, esta deve garantir a devida participação dos cidadãos em todo o processo, in verbis: "Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação (com a ressalva da força normatizadora do voto minoritário). Se se quiser, tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional. Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas." Ibid., p. 14.

11 PINILLA, D. A. (Cord). Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., 2018.

12 MAIA, C. F. Jurisdição e soberania popular: uma abordagem normativa de diálogo institucional entre a Justiça Eleitoral e o Congresso Nacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

pagem ao sistema de freios e contrapesos do clássico ensinamento de Montesquieu, além de contribuir para um melhor controle social de ambos os poderes. Entretanto, como dito acima, eventual diálogo institucional, para ser efetivo, deve ocorrer em bases de boa-fé e os interlocutores devem se ver em posições iguais e com alteridade.[13]

DIÁLOGO INSTITUCIONAL PARA ALÉM DO ESPAÇO JURISDICIONAL

Dessa forma, a percepção de que o Judiciário tem a palavra final deveria ser mitigada e ceder lugar para a busca da manutenção da harmonia entre as instituições que precisam estar abertas a contribuições provenientes de outros poderes ou daqueles atingidos pelas decisões tomadas[14]. Todavia, por vezes, não é isso que se identifica na atuação das instituições que estabelecem mecanismos de defesa às eventuais trocas com os demais poderes.

No contexto da pandemia que fez com que se alterassem o momento e ambiente com que se procederam as eleições de 2020, o diálogo institucional, fora do âmbito jurisdicional, teve grande relevância na medida em que Congresso Nacional e Tribunal Superior Eleitoral debateram abertamente, despidos de interesses outros que não a realização do pleito em condições mínimas de normalidade, as soluções possíveis para realizar as eleições sem que, com isso, fosse colocada a população em situação desnecessária de vulnerabilidade à saúde.

Somente por meio dessa atuação dialógica entre Poder Legislativo e Poder Judiciário, foi possível realizar o pleito de 2020 sem maiores sobressaltos. O Congresso Nacional, ouvindo o TSE, elaborou emenda constitucional que permitia a alteração da data da realização do pleito para momento mais oportuno segundo análise de especialistas das áreas de saúde e de epidemiologia.

Ao analisar a curva de incidência de casos de Covid-19, bem como a de casos que resultaram em mortes, é possível perceber que os dias de realização do pleito e o período de quinze dias subsequentes em que se poderia observar um crescimento do número de casos em decorrência de uma maior concentração de pessoas que foram exercer seu direito de voto, é possível identificar que não ocorreu crescimento significativo, dando indícios de que a escolha em relação ao momento de realização do pleito e da efetividade das medidas sanitárias para sua realização possibilitaram mitigar os riscos envolvidos.

Por certo, que a não realização de eleições, para as questões sanitárias seria medida mais efetiva. Todavia, deve-se considerar não apenas a questão de saúde pública, mas em que medida seria possível conciliar a realização de eleições e o cuidado com a saúde pública.

Em um período em que democracias passam constantemente por contestações, muitas das quais que surgem dentro dos próprios atores institucionais, enfraquento a partir de dentro, o regime democrático, a decisão de se realizar eleições tomando-se os devidos cuidados, mostrou-se um resultado importante do que se é possível realizar quando instituições estatais colocam-se na posição humilde de abertura ao diálogo.

---

13 No que se refere à alteridade, Salgado Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 117, p. 193–217, 2018. Disponível em: https://doi.org/10.9732/p.0034-7191.2018v117p193p. 213. faz uma interessante reflexão sobre sua existência no Poder Judiciário e como, considerando a forma de ingresso na carreira de juiz, há dificuldade em identificar tal prática: "Outro problema é a forma de recrutamento de magistrados, tanto no concurso público como na nomeação. A maneira como é realizado o concurso por vezes faz com que os candidatos ao Poder Judiciário se afastem do mundo da vida e se dediquem a um estudo tecnicista, em uma espiral meritocrática individualista que não percebe o valor de investimento no tempo dedicado ao estudo, usualmente bancado pelos pais e que importa em um forte recorte de classe. Além disso, a aura do recrutamento, pelo esforço considerado puramente pessoal, implica muitas vezes um sentimento de superioridade em relação aos agentes públicos que dependem da competição eleitoral. Essas duas características combinadas fazem com que muitos membros do Poder Judiciário sejam incapazes de praticar a alteridade, não consigam se colocar nos pés daqueles que julgam e se sintam credores de um agradecimento especial do Estado, o que justificaria inclusive um conjunto de prerrogativas que, concedidas a outro estamento, não passaria em seu próprio teste de moralidade."

14 CLÈVE, C. M.; LORENZETTO, B. M. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 183, 2015. Disponível em: https://doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44534

REFERÊNCIAS

BICKEL, A. M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics.** New Haven: Yale University Press, 1986.

CLÈVE, C. M.; LORENZETTO, B. M. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 183, 2015. Disponível em: https://doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44534

GARGARELLA, R. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, R. (org.). **Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

HÄBERLE, P. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

MAIA, C. F. **Jurisdição e soberania popular: uma abordagem normativa de diálogo institucional entre a Justiça Eleitoral e o Congresso Nacional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PINILLA, D. A. (Cord). **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**. Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., 2018.

RAMOS, E. da S. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SALGADO, E. D. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos,** Belo Horizonte, n. 117, p. 193–217, 2018. Disponível em: https://doi.org/10.9732/p.0034-7191.2018v117p193

VICTOR, S. A. F. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional.** São Paulo: Saraiva, 2015.