

A JUSTIÇA ELEITORAL ENTRE O SUBSTANCIALISMO E O PROCEDIMENTALISMO

Geovane Peixoto¹

RESUMO

Este trabalho apresenta uma análise crítica acerca do exercício da função jurisdicional pela Justiça Eleitoral, a partir dos referenciais teóricos procedimentalista e substancialista, diante das peculiaridades de nosso sistema constitucional e, especificamente, do subsistema eleitoral.

Palavras-chave: Justiça Eleitoral. Função Jurisdicional. Substancialismo. Procedimentalismo.

ABSTRACT

This paper presents a critical analysis of the exercise of judicial functions by the Electoral Court, from the theoretical proceduralist and substantialist reference, considering the peculiarities of our constitutional system and specifically the electoral subsystem.

Keywords: Electoral Justice. Jurisdictional Function. Substantialism. Proceduralism.

1 INTRODUÇÃO

A Justiça Eleitoral representa uma das estruturas especializadas da estrutura jurisdicional pátria, responsável pela aplicação de ramo especial, portanto, de sorte que possui algumas peculiaridades na sua configuração e, também, na delimitação de suas funções.

Há quem afirme que a sua efetiva função é a de “agência produtora de eleições (gerencia e administra as eleições brasileiras)”.² Embora essa forma reducionista não retrate perfeitamente a verdadeira conformação da Justiça Eleitoral, ela, por sua vez, transmite um pouco essa natureza complexa

¹ Doutorando em Direito Público (UFBA), Mestre em Direito Público (UFBA), Mestre em Política e Cidadania (UCSAL), Professor de Graduação e Pós-Graduação (UNIFACS e Faculdade Baiana de Direito), aprovado em 1º lugar para Professor Assistente de Direito Constitucional da UFBA (2015), Membro do Instituto Baiano de Direito Constitucional, Advogado e Consultor Jurídico.

² CERQUEIRA, Thales Tácito; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. *Direito eleitoral esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 51.

assumida por essa importante estrutura especializada do Poder Judiciário brasileiro, sendo todavia, preferível a concepção de que se trata de uma “justiça executiva, no sentido de que, além de julgar os recursos eleitorais, tem o dever de executar as eleições”.³

Deve-se destacar, ainda, que a Justiça Eleitoral exerce funções administrativa, consultiva e normativa, para a consecução das suas tarefas, constitucionalmente consagradas, e regulamentadas pela legislação infra-constitucional.

Acontece que, embora a Justiça eleitoral exerça todas essas funções, a sua função típica é a jurisdicional. De sorte que, a discussão proposta nesse trabalho irá recair sobre a compreensão de questão atinente a principal atribuição de todos os órgãos integrantes do Poder Judiciário pátrio: o exercício da jurisdição.

São, assim, diversas e complexas as funções, portanto, assumidas por esse ramo especializado do Judiciário, contudo, a preocupação central deste escrito é provocar a reflexão acerca do papel assumido pela Justiça Eleitoral na concretização do ramo específico do Direito que lhe é atribuída, entre o procedimentalismo e o substancialismo.

A título de introdução, é preciso destacar que, se no período de sedimentação do modelo de Estado Liberal, o papel do Poder Legislativo acentuou-se na formatação do Estado Democrático de Direito, assim como o do Poder Executivo no Estado de Bem-Estar Social (Welfare State), chegou o momento de destaque do Poder Judiciário, no século XXI, como instância garantidora do Estado Democrático de Direito, principalmente através de uma valorização do jurídico.

Surgem diversas teorias, nesse contexto, estabelecendo distintos papéis para a jurisdição, e, também, se estabelece um embate teórico sobre qual seria esse papel entre os doutrinadores brasileiros e estrangeiros, torna-se, então, necessária uma investigação sintética e crítica acerca destas teorias, principalmente acerca da recepção e possibilidade de efetivação delas no Brasil, vez que foram, principalmente, estruturadas inicialmente dentro dos EUA e da Alemanha (autores como Robert Alexy e Ronald Dworkin).

A pergunta central, portanto, é a seguinte: qual é o melhor modelo ideológico-teórico para a consagração do Poder Judiciário na tarefa de desvelar e efetivar o direito, para consagração do Estado Democrático de Direito no século XXI? Essa investigação recairá sobre os modelos procedimentalista e o substancialista.

Inicialmente, porém, far-se-á uma introdução sobre o exercício da função jurisdicional pela Justiça Eleitoral, e depois uma apresentação preliminar das definições de procedimentalismo e substancialismo, para, enfim, apresentar uma análise crítica.

³ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de direito eleitoral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 35.

2 JUSTIÇA ELEITORAL E O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

A criação de uma Justiça Eleitoral foi fruto da imaginação dos ingleses, ainda no ano de 1868, “exportada” para o Brasil que a introduziu por intermédio do Decreto n. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932.⁴ Desde então passou por diversas alterações (entre retrocessos e avanços) até alcançar a configuração atual que parte da Constituição Federal de 1988, conjuntamente com a legislação infraconstitucional, prioritariamente o Código Eleitoral (Lei n. 4.737/65).

A sua função precípua, como qualquer órgão integrante do Poder Judiciário (vide arts. 92 e 96, III, Constituição Federal de 1988), é a jurisdicional (jurisdição - *jurisdictio* = *juris* (Direito) + *dicere* (dizer) – sentido aplicar o Direito aos casos concretos). Essa concepção sobre jurisdição, todavia, é demasiadamente simplista, necessário, assim, desenvolvê-la.

A jurisdição, desde a sua perspectiva entabulada pela teoria do processo,⁵ é uma das maiores manifestações da soberania estatal. Por seu intermédio, o Estado, de forma neutra, conhece e dirime conflitos de interesses existentes, declarando o direito aplicável ao caso concreto, e garante a sua concretização, caso necessário executar a decisão.⁶

Não há dúvida de que a jurisdição, atualmente, tem a função de tutelar (ou proteger) os direitos, especialmente os direitos fundamentais. [...] *O que se deseja evidenciar é que a função jurisdicional é uma consequência natural do dever estatal de proteger os direitos, o qual constitui a essência do Estado contemporâneo. Sem ela seria impossível ao estado não apenas dar tutela aos direitos fundamentais e permitir a participação do povo na reivindicação dos direitos transindividuais e na correção dos desvios na gestão da coisa pública, mas sobretudo garantir a razão de ser do ordenamento*

⁴ Cf. PINTO, Djalma. *Direito eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 42 et seq.

⁵ “Da jurisdição [...] podemos dizer que é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada).” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *teoria geral do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p.129).

“A jurisdição pode ser vista como *poder, função e atividade*. É a manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Expressa, ainda, a função que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo.” (DIDIER JR., Fredie. *Direito processual civil* – Volume I. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2005. p. 69).

⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 21.

jurídico, dos direitos e das suas próprias formas de tutela ou proteção.⁷

A priori, a jurisdição eleitoral, na perspectiva acima apontada, é uma forma “qualificada” de jurisdição, pois é aquela que tem como matéria direta a incidência das normas referentes ao processo eleitoral (independente de ser material ou formal), com o escopo de apresentar uma “solução imperativa, em caráter definitivo, dos conflitos intersubjetivos submetidos ao Estado-juiz, havendo substituição da vontade estatal pela dos contendores”.⁸ Assim, a concepção material de jurisdição leva em consideração apenas o fato de lidar com normas de natureza eleitoral.

Em síntese, compete à Justiça Eleitoral a “nobre missão de resguardar a democracia e o Estado Democrático, nos moldes do disposto no art. 1º e incisos da Constituição Federal, efetivando, praticamente, a soberania popular, a cidadania e o pluralismo político como princípios fundamentais trilhados pelo legislador-constituente”.⁹ É, assim, extraída a sua função jurisdicional *a priori* da Carta Política, e de forma complementar da legislação infraconstitucional, definindo os limites do exercício de sua função jurisdicional para os fins especificados.

3 PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO

A intenção deste tópico é apenas definir conceitualmente as principais características do procedimentalismo e do substancialismo para ulterior análise destes modelos, e da receptividade pelo sistema jurídico pátrio de algum deles (ou de ambos).

A corrente procedimentalista, para fazer a distinção entre política e direito, parte da “ideia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massas dos Estados Sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do direito”,¹⁰ que, por sua vez, tem a função de, por intermédio do discurso, distinguir a interpretação jurídica da política.

A Constituição, como dimensão procedimental, então, define-se sob a perspectiva de três aspectos nucleares: 1) a abertura constitucional; 2) sua natureza processual; 3) concretização constitucional.¹¹

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 134.

⁸ GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 62.

⁹ RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 103.

¹⁰ STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 155.

¹¹ ESPINOZA, Danielle Sales Echaiz. *Entre substancialismo e procedimentalismo: elementos para uma teoria constitucional brasileira adequada*. Maceió: EDUFAL, 2009. p. 111 et seq.

Com relação à abertura constitucional, destaca-se a necessidade de concretização democrática do Estado. Já a questão processual direciona-se para a delimitação da forma de aplicação e das condições para concretização das normas materiais.

Com relação ao último aspecto, define Danielle Espinoza que:

[...] a realização, concretização, preenchimento e renovação da ordem constitucional requerem a existência de procedimentos – juridicamente regulados (como, por exemplo, os procedimentos legislativo, administrativo, judicial, eleitoral) ou não. Neste último caso, referimo-nos àqueles procedimentos pelos quais se interpreta e se aplica o direito.¹²

Nessa senda o que passa a interessar, e dominar o debate jurídico, não é o conteúdo do debate, mas a existência de procedimentos, de natureza democrática, que garantam a consecução das tomadas de decisão dentro do Estado (nesse caso independe de ser jurídica ou política, aplica-se a ambas as esferas). Esse é um “modelo de democracia constitucional que não se fundamenta nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade”.¹³

Para Robert Alexy, por exemplo, o problema é deslocado para o plano da teoria da argumentação, formulando uma “teoria procedimental da argumentação jurídica”, que, ainda segundo ele, é uma questão de “racionalidade prática”, o que gera uma “teoria da argumentação prática geral”.¹⁴

A corrente procedimental “critica tanto o fato do intervencionismo constitucional na regulamentação dos diversos âmbitos da vida comunitária, como a atuação jurisdicional interventiva”,¹⁵ sob a justificativa de que este comportamento distancia a sociedade, e, por óbvio, o Estado, do campo adequado para a tomada destas decisões, qual seja, o espaço político.

Diante desta assertiva, entende-se, pela perspectiva procedimental, que a “tarefa da jurisdição constitucional não pode ir tão longe de forma a ameaçar a própria legitimidade democrática do direito, devendo seu controle estar restrito à garantia dos procedimentos democráticos e dos direitos fundamentais a eles diretamente relacionados”.¹⁶

¹² *Ibidem*, p. 112.

¹³ STRECK, op. cit., 2004. p. 43.

¹⁴ ALEXY, Robert. A ideia de uma teoria procedimental da argumentação jurídica. In: DIREITO, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 77-86.

¹⁵ ESPINOZA, op. cit., p. 74.

¹⁶ *Ibidem*, p. 74.

Não existe apenas um modelo procedimental, mas sim correntes procedimentalistas¹⁷ assentadas nas ideias centrais acima descritas, todavia constituídas em premissas metodológicas e epistemológicas diversas. Para este estudo, o modelo escolhido foi o da teoria da argumentação jurídica como forma de legitimação procedimental do direito, proposto por Robert Alexy.

Em oposição aos corolários do procedimentalismo, pode-se destacar o substancialismo, que funda-se na ideia central de que:

[...] o Poder Judiciário pode contribuir para o aumento da capacidade de incorporação do sistema político, garantindo a grupos marginais, destituídos dos meios para acessar os poderes políticos, uma oportunidade para a vocalização das suas expectativas e direito no processo judicial. [...] Em síntese a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente.¹⁸

Sobressai, assim, entre os substancialistas, a defesa da democracia e dos direitos fundamentais, estabelecidos através de limites constitucionais impostos contra a regra majoritária – ainda equivocadamente defendida no mundo Ocidental –, corrigindo e prevenindo contra os desvios perpetrados pelo jogo representativo, prevalente nas democracias ocidentais, como é o caso do Brasil. Assume papel destacado o Poder Judiciário na “garantia e concretização dos direitos fundamentais, inclusive daqueles direitos prestacionais básicos”.¹⁹

Destaca-se, nesse contexto, a função de um Tribunal Constitucional em virtude do importante papel que a Constituição assume na corrente substancialista, carecendo, portanto, de um fortalecimento na atuação de tal órgão, no exercício da jurisdição constitucional, como *conditio sine qua non* para a concretização do Estado Democrático e defesa dos direitos fundamentais.

¹⁷ “[...] Antoine Garapon faz duras críticas à invasão da sociedade pelo Judiciário, o que, segundo ele, serviria para o enfraquecimento da democracia representativa. Também J. H. Ely compartilha do paradigma procedimentalista, sustentando que o tribunal constitucional só pode conservar sua imparcialidade se resistir à tentação de preencher seu espaço de interpretação com juízos de valores morais [...]” (STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 44.)

¹⁸ *Ibidem*, p. 44-45.

¹⁹ ESPINOZA, op. cit., p. 74.

Quando da incorporação do modelo constitucionalista dirigente em solo nacional, assumiu ainda maior destaque o modelo substancialista, vez que “é inexorável que, com a positivação dos direitos sócio-fundamentais, o Poder Judiciário (e, em especial, a justiça constitucional) *passa a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que pertine à jurisdição constitucional*”.²⁰

Mas não somente deve-se suscitar o papel de destaque da *jurisdição constitucional*, pois torna-se imprescindível a administração de uma *jurisdição eleitoral*, diante do seu papel de concretização do direito substantivo para “realizar a “verdade eleitoral”, como forma de efetivar a democracia”.²¹

4 UMA ANÁLISE CRÍTICA DA APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTALISMO E DO SUBSTANCIALISMO PELA JUSTIÇA ELEITORAL

Para iniciar a análise entre os modelos substancialista e procedimentalista, faz-se uma síntese conceitual dessas duas correntes, nos seguintes termos:

[...] os substancialistas defendem a concretização dos <<Direitos Fundamentais>> constituídos e compartilhados pelos sujeitos na via do Poder Judiciário, enquanto os procedimentalistas propugnam uma atuação deste na garantia da participação no processo de tomada de decisões, retomando o sentido original de soberania popular.²²

Destaca-se, *prima facie*, que, independente do modelo, há um consenso acerca da identificação do Poder Judiciário enquanto instância estrategicamente privilegiada para a concretização de direitos fundamentais,²³ na configuração institucional contemporânea dos países ocidentais, e, principalmente, democraticamente legitimada.

Acontece, todavia, que no caso brasileiro existe um dado essencial a ser ponderado antes de se tomar uma posição (por mera simpatia) a essa ou aquela corrente, decorrente da identificação do modelo constitucional instaurado após 1988, por intermédio do denominado *constitucionalismo diri-*

²⁰ STRECK, op. cit., p. 163.

²¹ VELLOSO; AGRA, op. cit., p. 30.

²² ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material*: aportes hermenêuticos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 87.

²³ Deve-se destacar aqui a referência aos direitos fundamentais em decorrência do Direito eleitoral estar ligado diretamente ao exercício dos direitos políticos, categoria integrante do gênero Direito Fundamental. Assim, a aplicação do direito eleitoral assegura a efetivação de direito fundamental.

gente. Diante desse dado, há que se concordar que o modelo procedimental é incompatível com o caráter compromissário do *dirigismo*.²⁴

Dessa forma, há, pela própria delimitação do modelo constitucional de 1988, uma tendência, que pode até se designar de *natural*, a adoção do *substancialismo*, como forma de resgatar a busca pela implementação dos valores programaticamente dirigidos pela Constituição Federal, para a concretização de um verdadeiro Estado de Bem-Estar Social.²⁵

Essa incorporação ideológica dos valores constitucionalmente delimitados, por outro lado, não significa um retrocesso, não caracteriza, tampouco, o “resgate de uma jurisprudência dos valores, mediante a concepção de “valores” sociais capazes de levar ao “justo”, “bem” ou “bom”, até porque o critério da justiça é externo, mas de implementação hermenêutica da Constituição”.²⁶

Partindo da ideia de busca de concretização do projeto constitucional dirigente, ainda defendido em território brasileiro, Lenio Streck sustenta a necessidade de se desenvolver uma “Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia (TCDAPMT)”.²⁷

A ideia de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia implica uma interligação com uma teoria do Estado, visando à construção de um espaço público, apto a implementar a Constituição em sua materialidade. Dito de outro modo, uma tal teoria da Constituição dirigente não prescinde da teoria do Estado, apta a explicitar as condições de possibilidade para a implantação das políticas de desenvolvimento constantes – de forma dirigente e vinculativa – no texto da Constituição.²⁸

A proposta de Lenio Streck, portanto, requer que a teoria constitucional dirigente seja adaptada a um país periférico, como é o caso do Brasil, para a concretização dos direitos constitucionais fundamentais (individuais e sociais-econômicos), impondo a pauta *substancial* da constituição como deveres vinculativos para a concretização de políticas públicas garantidoras destes direitos.

²⁴ Cf. Manifestação de Lenio Streck. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 80-81.

²⁵ “Mais do que assegurar os procedimentos da democracia – que são absolutamente relevantes –, é preciso entender a Constituição como *algo substancial*, porque contém valores (direitos sociais, fundamentais, coletivos *lato sensu*) que o pacto constituinte estabeleceu como passíveis de realização. Por tudo isto, há que deixar assentado que o *constitucionalismo-dirigente-compromissário não está esgotado*. A Constituição ainda deve “constituir-ação”, mormente porque, no Brasil, nunca constituiu. *No texto da Constituição de 1988 há um núcleo essencial, não cumprido, contendo um conjunto de promessas da modernidade, que deve ser resgatado*. O problema é que, em países como o Brasil, formou-se um “silêncio eloquente” acerca do significado da Constituição, naquilo que ela tem de “norma diretiva fundamental”. Numa palavra: sob o manto de uma “baixa constitucionalidade”, olvidou-se o constituir da Constituição; mas muito pior do que o silêncio é não prestarmos atenção nele.” (STRECK, op. cit., p. 144-145.)

²⁶ ROSA, op. cit., p. 91.

²⁷ Cf. STRECK, op. cit.

²⁸ *Ibidem*, p. 135-136.

A Constituição deixaria de ter uma posição meramente *negativa*, enquanto *locus* da tutela de direitos fundamentais, para ser um texto *ativo*, delimitador e direcionador do agir estatal. Lembrando da advertência do próprio Canotilho de que essa mudança requer uma abertura para o *Direito Internacional* (fruto de um acoplamento gerado entre os Estados Ocidentais pelo processo de *globalização*).

Do ponto de vista pragmático, porém, as políticas *neoliberais* e as subsequentes reformas,²⁹ influenciadas por essa doutrina, são completamente antitéticas ao modelo dirigente preconizado, vez que “não é difícil perceber que, enquanto o neoliberalismo aponta para a desregulamentação, a Constituição brasileira nitidamente aponta para a construção de um Estado Social de índole intervencionista, que deve pautar-se por políticas públicas distributivas”.³⁰

Em um país no qual a violação do núcleo finalístico do Estado é perpetrada cotidianamente por aqueles que exercem funções políticas (executivo e legislativo), a proteção substancial da Constituição é uma necessidade urgente da sociedade, no intuito de conclusão prática do projeto de um Estado socialmente comprometido. O texto da *Carta Magna*, nessa perspectiva, ainda “assume relevância como um contraponto a essa tempestade globalizante/neoliberal”,³¹ evitando um verdadeiro estado de barbárie.

Este pode ser o ponto nodal da discussão sobre o papel da Constituição em países periféricos como o Brasil, a partir da necessidade de se entendê-la como explicitação do contrato social, enfim, da refundação do pacto social.

Diante do cenário apresentado, defende-se a tese *substancialista* como a mais apta, em detrimento do *procedimentalismo*,³² no caso brasileiro,

²⁹ “Ao longo dos anos 1990, propagou-se na mídia falada e escrita e nos meios políticos e intelectuais brasileiros uma avassaladora campanha em torno de reformas. A era Fernando Henrique Cardoso (FHC) foi marcada por esse mote, que já vinha de Collor, cujas características de *outsider* (ou o que vem de fora) não lhe outorgaram legitimidade política para conduzir esse processo. Tratou-se, como se pôde observar, de “reformas” orientadas para o mercado, num contexto em que os problemas no âmbito do Estado brasileiro eram apontados como causas centrais da profunda crise econômica e social vivida pelo país desde o início dos anos 1980. Reformando-se o Estado, com ênfase especial nas privatizações e na previdência social, e, acima de tudo, desprezando as conquistas de 1988 no terreno da seguridade social e outros – a carta constitucional era vista como perdulária e atrasada –, estaria aberto o caminho para o novo “projeto da modernidade”. (BEHRING, E. R.; BOSCHETTI, E. *Política social: Fundamentos e história*. São Paulo: Cortez, 2006, p. 148).

³⁰ STRECK, op. cit., p. 139.

³¹ STRECK, op. cit., p. 143.

³² “Os bloqueios à concretização normativa da Constituição atingem os procedimentos típicos do Estado Democrático de Direito: o eleitoral, mobilizador das mais diversas forças políticas em luta pelo poder; o legislativo-parlamentar, construído pela discussão livre entre oposição e situação; o jurisdicional, baseado no *due process of law*; o político-administrativo, orientado por critérios de constitucionalidade e legalidade. Assim sendo, não se pode falar em uma esfera pública pluralista construída com base na intermediação de dissenso conteudístico e consenso procedimental. O Estado Democrático de Direito não se realiza pela simples declaração constitucional dos procedimentos legitimadores. A concretização constitucional deles é imprescindível, mas depende de um conjunto de variáveis complexas, sobretudo de fatores socioeconômicos e culturais que possam viabilizar a desprivatização do Estado e a superação das relações de subintegração e sobreintegração. Impõe-se assim enfrentar conseqüentemente a conexão paradoxal de legalismo e impunidade, no sentido da construção

para sustentar e fundamentar uma mudança paradigmática, no contexto pragmático do Estado, enfrentando os interesses político-econômicos de grupos hegemônicos,³³ em prol de uma sociedade livre.³⁴

O *substantialismo*, por sua vez, parte da premissa de que “a justiça constitucional deve assumir uma postura intervencionista, longe da postura absentista própria do modelo liberal-individualista-normativista, que permeia a dogmática jurídica brasileira”.³⁵

Esse intervencionismo, porém, não deve ser confundido com uma atuação pautada no *livre-arbítrio*, a ideia de *ativismo* aqui desenvolvida é da atuação de uma *justiça constitucional*, que atue positivamente na defesa dos direitos e garantias fundamentais, na concretização do projeto dirigente de Estado, mas nos termos e limites delimitados pelo sistema jurídico, principalmente pela Constituição.

Ao delimitar as suas teses de *respostas corretas, integridade e coerência* do sistema jurídico, portanto, Ronald Dworkin conseguiu estabelecer parâmetros, limites, para a atuação da *jurisdição*, de sorte que o seu modelo substancial é totalmente adequado para a defesa de um modelo *substancialista de justiça constitucional*.

A Justiça Eleitoral, também no exercício de sua função jurisdicional, deve se filiar ao mesmo entendimento. Interessante pontuar que, via de regra, a ideia reinante é a de que essa justiça especializada limita-se a uma mera função procedimental, assegurar que as regras de forma serão respeitadas.

Inspirado na metáfora criada por John Hart Ely (*Democracia e Desconfiança*. São Paulo: Martins Fontes, 2010), é como se o juiz eleitoral fosse um árbitro de futebol, ou seja, o seu papel é garantir o respeito às *regras do jogo*, sem, todavia, interferir no *resultado do jogo*, pois são os jogadores que irão definir o *placar*, e, portanto, quem é o vencedor ou perdedor. Ideia completamente procedimentalista.

Acontece que, mesmo na Justiça Eleitoral, existem uma série de valores constitucionais e direitos fundamentais que precisam ser substancialmente salvaguardados, sob pena de ofensa ao texto constitucional, o que requer do juiz que seja mais que um árbitro de futebol, pois ele também faz parte do jogo³⁶ e como participe deve atuar para concretização dos valores inerentes

de um espaço público de legalidade e constitucionalidade, como também na perspectiva da generalização da cidadania.” (NEVES, Marcelo. *Entre Tênis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 257-258).

³³ “No lugar da legitimação por procedimentos democráticos, em torno dos quais se estruturaria uma esfera pública pluralista, verifica-se uma tendência à “privatização” do estado. Em ampla medida, ela torna-se palco em que interesses particularistas conflitantes procuram impor-se à margem dos procedimentos constitucionais. Portanto, as relações de dependência e a “privatização” do estado contrapõem-se restritivamente à concretização constitucional dos “direitos humanos” e da “soberania do povo como procedimento”.” (Ibidem, p. 247).

³⁴ “[...] liberdade não é a liberdade de fazer aquilo que se quer; é liberdade de fazer o que se quer na medida em que se respeitem os direitos morais devidamente compreendidos, das outras pessoas.” (DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 159-160).

³⁵ STRECK, op. cit., p. 185.

³⁶ Cf. PEIXOTO, Geovane. *Direitos fundamentais, hermenêutica e jurisdição constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 129-142.

ao processo (igualdade, moralidade etc.).

Com o escopo, todavia, de não aceitar respostas pautadas em questões binárias simplistas (substancialismo ou procedimentalismo), que demandam a escolha de uma possibilidade ou de outra, necessariamente, por entender possuir natureza excludente, pergunta-se o seguinte: é possível compatibilizar o *substancialismo* com o *procedimentalismo*?

Se por um lado a valorização do aspecto *substancial* apresenta uma adequação ao propósito de defender e garantir direitos fundamentais e os valores constitucionais, isso não exclui a necessária “observância a procedimentos, como forma de oposição ao poder arbitrário”.³⁷

Reforçando a vinculação entre estes dois aspectos, tem-se, ainda, que o próprio exercício de procedimentos e competências demanda uma leitura material e valorativa, a partir do momento em que os conceitos para a operacionalização destes elementos somente existem se lidos a partir de algum lugar. Em um tal contexto, a noção de participação política e de representação, por exemplo, assim como a própria noção de democracia, somente pode ser compreendida ou operada se tiverem claros os seus pressupostos. Todos estes elementos a que nos referimos residem, por sua vez, em um âmbito de caráter eminentemente substantivo, o que revela a indissociabilidade de ambos os aspectos, conforme sustentado.³⁸

Em termos constitucionais, a materialização do *procedimentalismo* no texto da Carta Política de 1988, se consubstancia “nas exigências do princípio da democracia participativa e pluralista, de implementação de procedimentos para a tomada de decisões públicas que promovam a maior participação popular possível e assegurem a convivência social pacífica”.³⁹ Tarefas explicitamente definidas no âmbito de atuação da Justiça Eleitoral.

Não se esgota, porém, apenas nesse aspecto da democracia participativa, mas também pelo fato de possuir uma “estrutura materialmente aberta, para o que se requer a intermediação de procedimentos [...]. O segundo consiste em que ela também assume uma forma de lei processual, ao estabelecer o estatuto organizativo do Estado”.⁴⁰

De sorte que é inegável a existência de uma dimensão *procedimental* na Constituição Federal de 1988, o que, por si só, demanda a sua conformação com o aspecto *substancial*, que, todavia, prevalece, até porque é o responsável pela delimitação do aspecto *procedimental*. No momento em que se entender essa necessidade de acoplamento, se fortalecerá, por sua

³⁷ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição constitucional na ordem democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 202.

³⁸ LEAL, op. cit., p. 202.

³⁹ ESPINOZA, op. cit., p. 162.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 163.

vez, o fomento de um modelo dialógico.

Deve-se ter cuidado, contudo, com o déficit *procedimental* vivenciado pela realidade brasileira, exemplificado por uma democracia participativa “tímida” (para não dizer inexistente); na estruturação de um desenho institucional pautado em interesses particulares ou particularizados; e, por último, na conformação de decisões judiciais, por vezes, arbitrárias e descompromissadas com os valores morais da Constituição.⁴¹

5 À GUIA DE CONCLUSÃO

Assumiu o Poder Judiciário papel fundamental, nessa quadra da história, para a garantia e efetivação dos valores constitucionais essenciais para a concretização do Estado Democrático de Direito. A ausência de um agir estratégico estatal para a efetivação do projeto constitucional, por sua vez, gera um déficit democrático, que requer reparo, por meio de uma atuação jurisdicional para concretização dos direitos fundamentais.

Diante desse cenário, o substancialismo, ao garantir a pauta de direitos elencada na constituição como deveres vinculativos para a concretização de políticas públicas, garantidoras daqueles direitos fundamentais, deixaria de ser uma posição meramente *negativa*, enquanto *locus* da tutela de direitos fundamentais, para ser um texto *ativo*, delimitador e direcionador do agir estatal.

Requer, para isso, todavia, o desenvolvimento de uma Teoria Constitucional adequada ao modelo brasileiro, evitando, portanto, a mera transcrição acrítica de teses alienígenas para garantir a efetividade da Carta Política de 1988.

Defende-se, então, a tese *substancialista* como a mais apta, em detrimento do *procedimentalismo*, no caso brasileiro, para sustentar e fundamentar uma mudança paradigmática, enfrentando os interesses político-econômicos de grupos hegemônicos, em prol de uma sociedade livre, justa e democrática.

Não se pode negar, porém, a existência de uma dimensão *procedimental* na própria Constituição Federal de 1988, o que por si só demanda a sua conformação com o aspecto *substancial*, que, todavia, ressalte-se, prevalece, até porque é o responsável pela delimitação do aspecto *procedimental*. No momento em que se entender essa necessidade de acoplamento, entre esses modelos, se fortalecerá o fomento de um modelo dialógico como objetivo maior de um novo sistema jurídico, capaz de promover a concretização dos valores e direitos fundamentais no Brasil.

⁴¹ “Nas situações de constitucionalismo simbólico, ao contrário, a práxis dos órgãos estatais é orientada não apenas no sentido de “socavar” a Constituição (evasão ou desvio de finalidade), mas também no sentido de violá-la contínua e casuisticamente. Dessa maneira, ao texto constitucional includente contrapõe-se uma realidade constitucional excludente do “público”, não surgindo, portanto, a respectiva normatividade constitucional; ou, no mínimo, cabe falar de uma normatividade constitucional restrita, não generalizada nas dimensões temporal, social e material.” (NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 94).

Diante de tudo que foi discutido, então, defende-se que a adoção de um modelo *substancialista* irá fortalecer a *Justiça Eleitoral*, com o escopo de promover a efetivação e concretização dos *valores constitucionais*, ao exarar *decisões* que serão direcionadas para os problemas eleitorais concretos do Estado brasileiro. Essa seria, indubitavelmente, uma maneira de se dar efetividade e defender o modelo democrático adotado pela Constituição Federal de 1988, concretizando o tão sonhado *Estado Democrático de Direito* no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. A ideia de uma teoria procedimental da argumentação jurídica. In: DIREITO, razão, discurso: estudos para a filosofia do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BEHRING, E. R.; BOSCHETTI, E. *Política social: fundamentos e história*. São Paulo: Cortez, 2006.

CERQUEIRA, Thales Tácito; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. *Direito eleitoral esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DIDIER JR., Fredie. *Direito Processual Civil – Volume I*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2005.

DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESPINOZA, Danielle Sales Echaiz. *Entre substancialismo e procedimentalismo: elementos para uma teoria constitucional brasileira adequada*. Maceió: EDUFAL, 2009.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição constitucional na ordem democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PEIXOTO, Geovane. *Direitos fundamentais, hermenêutica e jurisdição constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2013.

PINTO, Djalma. *Direito eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material: aportes hermenêuticos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

224

STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de direito eleitoral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.