

“CRISE” DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E A FUNÇÃO POLÍTICA DO JUDICIÁRIO: É O JUDICIÁRIO A “TÁBUA DE SALVAÇÃO” DA DEMOCRACIA?

Fernando de Brito Alves¹

Guilherme Fonseca de Oliveira²

Resumo: Discorre sobre a suposta crise que assola a democracia representativa, defendendo que tal concepção comumente a opõe à ideia de democracia direta, como se esta fosse o paradigma político ideal – juízo que é rejeitado no desenvolvimento. Com vistas ao cenário político brasileiro, sustenta a inexistência de uma verdadeira crise da democracia representativa; pois entende que a hiperpolitização não necessariamente é negativa, mas pode congrega democracia representativa e participação popular. Adiante, adota a ideia de que a oposição entre maiorias e minorias decorre logicamente do sistema democrático e problematiza sobre a possibilidade de controle externo de eventuais mazelas decorrentes deste sistema. Questiona o ativismo como “tábua de salvação” da democracia, lançando mão de argumentos filosóficos, políticos e pragmáticos que demonstram a incoerência de uma confiança desmedida no Judiciário. Defende, caminhando ao fim, o controle externo do sistema

¹ Pós-doutor em Direito Constitucional e democracia pelo Ius Gentium Conimbrigae da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino. Mestre e Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professor Adjunto da UENP (graduação e mestrado em Direito). Professor das Faculdades Integradas de Ourinhos (SP). E-mail: alvesfb@uol.com.br.

² Mestrando em Ciência Jurídica pela UENP (Bolsista CAPES). Especialista em Direito Constitucional pelo IDCC. Graduado em Direito pela UEL. E-mail: guilherme.adv@hotmil.com e guilherme@bni.adv.br.

político pelo Judiciário, mas com vistas ao controle pelo direito, e não o ativismo. Sustenta, por derradeiro, um controle conforme o direito, em observância à ordem constitucional, adotando para tanto as contribuições da nova hermenêutica.

Palavras-Chave: Crise da democracia representativa; manifestações populares de 2013; ativismo judicial; nova hermenêutica.

“CRISIS” OF REPRESENTATIVE DEMOCRACY AND THE POLITICAL ROLE OF JUDICIARY: IS THE JUDICIARY THE “LIFELINE” OF DEMOCRACY?

Abstract: It discusses the supposed crisis in representative democracy, arguing that this conception often opposed to the idea of direct democracy, as though it were the ideal political paradigm – and this judgment is rejected in development. Aiming the Brazilian political scene, it sustains the abstinence of any real crisis of representative democracy; because the hyperpoliticized is not necessarily negative, but can gather representative democracy and popular participation. Forward, it adopts the view that the opposition between majorities and minorities logically derives from the democratic system and discusses the possibility of external control of any ills arising from this system. It challenges the activism as "lifeline" of democracy, resorting to philosophical, political and pragmatic arguments, wick demonstrating the inconsistency of an excessive confidence in the judiciary. It argues, guiding to the end, the external control of the political system by the judiciary, but aiming to control the law, not the activism. It supports, at least, a control according to law, in compliance with the constitutional order, adopting the contributions of the new hermeneutics.

Keywords: Crisis of representative democracy; popular mani-

festations of 2013; judicial activism; new hermeneutics.

INTRODUÇÃO



Desde as manifestações populares no Brasil, em meados de 2013, têm-se observado discussões renitentes sobre uma suposta *crise da democracia representativa*, cujo fundamento consistiria basicamente no embate entre a atuação dos representantes do povo e a vontade do povo de atuar por si (participação popular).

No entanto, o conceito polissêmico de *crise* levanta a questão discutida no primeiro capítulo deste texto: a (in) existência de uma crise efetiva no cenário político brasileiro: isto porque, acredita-se, o discurso hodierno se desenvolve por induções preguiçosas e falsos dilemas, frutos do senso comum teórico.

Mais adiante, ainda no primeiro capítulo, almeja-se demonstrar que o surgimento de oposições entre maiorias e minorias é corriqueiro dentro da democracia e que, também, o alargamento da participação popular que evidencia este fenômeno não deve ser observado sob um viés negativo. Não deve ser analisado de forma negativa pois, entende-se, torna a democracia verdadeiro instrumento de autodeterminação popular, desde que não desague em monopólios políticos espúrios.

No segundo capítulo, o objetivo é discorrer sobre a universalização retórico-pragmática do argumento democrático para legitimar qualquer causa, regime, ou pretensão... ainda que na prática isto indique muito pouco ou nada de legitimidade democrática substantiva. Ou seja, considerar nessas hipóteses - relembrando a razoável oposição entre maiorias e minorias - que não será permitido que dada maioria decida (ou não decida) sobre determinadas questões exclusivamente sob a égide da *vontade majoritária*.

Ainda no segundo capítulo, discute-se a (viabilidade da) intervenção ativista do Judiciário em favor de minorias, isto quando dada maioria tentar se agigantar e impor-se tiranicamente, esboçando pontuações filosóficas, jurídicas e políticas sobre o tema.

Discute-se, ao fim, a função do Judiciário enquanto instância de controle externo da política, opondo-se ao ativismo e empregando uma saída à luz da nova hermenêutica, de tal forma que a aplicação do direito não prejudique a própria democracia.

1. A DEMOCRACIA BRASILEIRA ESTÁ EM CRISE?

Antes do enfrentamento da questão da suposta crise da democracia representativa, é necessário esboçar as características preliminares sobre a nossa compreensão a respeito do que vem a ser *crise*, tendo em vista que se trata de conceito polisêmico e de que, além disso, se trata de um signo presente em quase todos os tipos de narrativas, mobilizado como categoria definidora do contemporâneo (ROITMAN, *on line*).

Com Michaela Richter e Reinhart Koselleck (2006, p. 357-400), compreende-se o conceito de *critica* e *crise* enquanto cognatos. Desta forma, toda vez que se fala em crise, o discurso oculto (ou o não dito) encerra um juízo moral e comparativo entre o passado e o futuro, de modo que nessa esteira somos levados a nos perguntar sobre o que deu errado. É necessário entender, no entanto, que não há *crise* ou *não-crise*: tudo não passa de uma “observação lógica que gera significado em um sistema auto-referencial, ou um não-lugar a partir do qual a significar contingência e paradoxo” (ROITMAN, *op. cit.*).

Dito de outra forma, e retomando as reflexões de Koselleck e Richter, fortemente influenciadas por Carl Schmitt (2007), é necessário repolitizar as discussões contemporâneas sobre democracia representativa, resgatando que o conflito é da

natureza da vida política, de modo que, não é possível a ocorrência do político sem a crise ou a crítica: e esta conclusão aparece porque os regimes democráticos devem favorecer uma cultura de contestação, uma ampliação das demandas sociais e uma hiperpolitização das sociedades.

As críticas à democracia representativa não são recentes. Philippe Lauvaux (op. cit., p. 84-85) afirma que elas já ocorrem de forma bastante veemente nos textos de Rousseau, Carré de Malberg e Kelsen, por exemplo.

Apesar dessas críticas - que atravessam a história -, parte da literatura (ARDANT, 1999, p. 172-173) acertadamente apresenta razões de ordem prática e política para a adoção das técnicas de representação: entre as razões de ordem prática, a democracia representativa parece ser uma exigência do bom senso, já que existem severos *óbices práticos* para a concretização de qualquer proposta de democracia direta, de modo que os problemas comuns de um povo devem ser resolvidos por um parlamento, cujos integrantes tenham recebido uma delegação específica e temporalmente limitada para tanto. Ademais, do ponto de vista político, não é razoável considerarmos que a democracia direta seja o paradigma ideal do governo popular, já que também apresenta suas complicações, especialmente se considerarmos que não é incomum que ela se degenere em bonapartismo (LOSURDO, 2004), que inspira uma espécie de *coup d'état permanent*, entregando o governo a líderes carismáticos extremamente hábeis capazes de manipular a vontade do povo, como temos visto recentemente na América Latina (ALVES, 2013).

Essa desconfiança na democracia direta - que não é exclusiva dos partidos conservadores - constitui a principal justificativa política para a adoção das técnicas representativas. Nada obstante, frise-se: as técnicas representativas não excluem (e jamais deverão excluir) a participação popular.

Trazendo a questão para o nosso cenário político, as

manifestações de meados de 2013 - e também o dia a dia das discussões nas redes sociais, na mídia e em todo o meio público - exemplificam justamente isso: o interesse do povo pela política: a hiperpolíticação e o avivamento da participação popular, o que não se pode entender como crise no sentido apresentado por determinada parcela de comentaristas.

As democracias contemporâneas têm desenvolvido uma série de mecanismos capazes de assegurar o controle da agenda pública dos representantes pelos diretamente interessados e, de toda forma, longe de um processo acabado, o acréscimo das técnicas de participação popular constituem uma pulverização, ou pluralização da esfera pública (que Nancy Fraser (1992, p. 123) chama de “espaços contra-públicos subalternos”), capazes de gerar demandas em espaços ou fóruns políticos mais gerais, como o Parlamento (MIGUEL, 2003, p. 135).

Outro argumento, de natureza política, em defesa da democracia representativa, consiste em que essa técnica pode remediar a *ditadura das maiorias*: como não existe uma transitividade estrita entre a vontade dos eleitores e a atuação dos representantes, o parlamento poderia resistir legitimamente a “force irrésistible au point de vue de la majorité” (ARDANT, op. cit., p. 172).

E esse argumento ganha força justamente porque a principal dificuldade institucional da democracia é agregar as vontades (preferências) individuais de forma justa, tanto para as maiorias, quanto para as minorias, questão que passa pela organização de um sistema eleitoral adequado, pelo desenvolvimento e incremento das formas institucionais da participação popular, além da cultura da transparência e *accountability*.

A teoria clássica presume que uma Assembleia tenda a ser mais razoável e menos demagógica com relação aos interesses e liberdades das minorias do que a agregação eventual e específica da massa dos eleitores.

Não é possível concordar com o argumento *in totum*.

Como as principais técnicas de decisão das Assembleias consistem na aplicação (mais ou menos incrementada, dependendo da matéria posta em deliberação) do princípio majoritário, não é incomum que em seus processos de decisão se formem maiorias e minorias políticas.

O que é preciso ter em mente, então, é que a formação de maiorias e minorias é razoável no sistema democrático.

Nessa esteira, contudo, surge a dúvida se a consolidação de maiorias estáveis não produziria monopólios políticos espúrios, hipótese na qual seria bastante razoável o controle externo das decisões assembleares. Mas, de qualquer forma, nas democracias maduras, o controle externo do Poder Legislativo - inclusive do processo legislativo - encontra-se a cargo dos Tribunais Constitucionais, cuja principal tarefa consiste na proteção da Constituição, dos direitos fundamentais e das minorias.

De acordo com Pietro Costa “a democracia dos modernos pressupõe uma nova antropologia política, uma nova visão do ser humano e de sua relação com a ordem política” (COSTA, 2010, p. 240) e pressupõe, por fim, protagonismo do sujeito (que é ao mesmo tempo origem e destinação funcional da ordem política).

Por essas razões não é razoável derivar das manifestações populares na história recente do Brasil a crise da democracia representativa. Isto porque, diga-se, participação popular e representatividade não são excludentes entre si, mas complementares.

As manifestações populares indicam que talvez a solidariedade não tenha desaparecido por completo e que, apesar do individualismo e do desmembramento das formas de vida correntes na sociedade industrial (como classe, gênero, status, família, etc.), relações orgânicas decorrentes das demandas concretas do povo são possíveis com o auxílio das novas tecnologias.

Sobre a desapareição da solidariedade, Ulrich Beck irá

relacioná-la a uma “regressão antipolítica ao privado”, como “regresso à interioridade” (BECK, 2006, p. 81). Essa regressão antipolítica ao privado é acompanhada pelas ameaças de uma *depauperação projetada* (Id., Ibid., p. 93), que, sendo uma espécie de subproduto do desenvolvimento econômico e técnico da civilização ocidental, ameaça sob o viés biopolítico as próprias condições de existência da humanidade.

Sem prejuízo de todo o exposto, uma última pontuação é necessária para que se possa adentrar à segunda parte do texto: as manifestações populares no Brasil em meados de 2013, bem como os movimentos *occupy* que protagonizaram importantes manifestações na Europa e na América do Norte, possuem características em comum, consistentes na ausência de plataforma política, ausência de uma concepção objetiva de igualdade e a não apresentação de alternativas (HARVEY; ŽIŽEK; ALI, 2012). E isto, de um modo geral, denota uma espécie de atomismo, que embora sirva para manifestar o descontentamento com o sistema, ainda é produto da ideologia porque carece de utopia.

Nesse sentido, esse tipo de movimento social é como a rebeldia adolescente: é contestadora, mas não apresenta qualquer alternativa concreta, completa ou estruturada. É o romantismo político.

De qualquer forma, não há razões para se perder a esperança, o renascimento do político (MOUFFE, 1996) como demanda das democracias pluralistas contemporâneas é evidenciada pela consciência crescente de que a democracia é colocada em risco não apenas quando os valores encarnados por ela são insuficientes, mas principalmente, quando o “[...] excesso de consenso [...] mascara uma apatia inquietante” (Id., Ibid., p. 17).

A democracia, dessa forma, caracterizada pela dissolução dos indicadores de certeza, momento no qual o povo experimentaria uma espécie de indeterminação relativa às bases do

poder, da lei e do conhecimento, bem como, dos fundamentos das relações entre o si e o outro (LEFORT, 1988, p.19), abriria a possibilidade do estabelecimento de novos imaginários.

A concepção contemporânea de democracia, como sugerimos, emerge de um republicanismo cívico, também contemporâneo, que reconhece a prevalência do direito sobre o bem, mas que sabe que isso é o resultado de práticas hegemônicas que definem o razoável para contextos democráticos.

Dito de outra forma, a prioridade do direito existe, porque as sociedades democráticas são constituídas por instituições que definem os sujeitos políticos como sujeitos de direito que lhe são atribuídos, em boa medida, por essas mesmas sociedades, e que constroem algum consenso sobre a própria ideia de bem e de justiça (MOUFFE, op. cit., p. 66).

Sem reduzir a vida política a uma unidade (ao modo de Rousseau ou Rawls), é preciso compreender a política em seu aspecto operativo de construção simbólica das relações sociais, ou como afirmara Roland Barthes (BARTHES, 1980, p. 129), a política em seu sentido profundo, como capacidade de construção do mundo, para que uma revolução democrática tenha sentido.

2. DEMOCRACIA, MINORIAS E ATIVISMO JUDICIAL.

Das exposições preliminares conclui-se: a ideia de crise da democracia representativa é fruto de uma análise pouco profunda dos fenômenos sociais supracitados e mesmo da dinâmica da política. Não há que se falar em crise da democracia representativa em razão da insatisfação da população com a atuação de seus representantes e do conseqüente desejo de participação direta no meio público. Há que se ver este cenário sobre outro viés: a hiperpolitização das sociedades significa o amadu-

recimento da democracia, de modo que a vontade de participação e o interesse pelo público só podem significar justamente o contrário do conceito atribuído ao signo crise pelo denominado senso comum teórico.

Todavia, sem prejuízo desta análise positiva da hiperpolitização da sociedade, sendo admitida a oposição entre maiorias e minorias no cenário democrático e considerando a referida *rebeldia adolescente* que ocupou as manifestações populares iniciadas em 2013 – vale dizer: ausência de plataforma política, ausência de uma concepção objetiva de igualdade e a não apresentação de alternativas, bem como o conseqüente risco advindo desse tipo de manifestação - é necessário se ter em mente a real finalidade da democracia e mesmo do Estado Democrático de Direito, discutindo-se a viabilidade do controle externo dessa participação popular quando se pretender trilhar caminhos que firam determinado núcleo de direitos fundamentais de outros cidadãos – em especial de minorias.

Mesmo temendo parecer *antidemocrata*, afirma-se: a democracia é a melhor forma de governo, mas só se justifica a sua defesa na medida em que são compreendidas as razões para tanto. Há que se ponderar, neste ponto, o grau de efetivação de direitos fundamentais para todos, no sentido de se reconhecer uma democracia real e viva, que se preocupa ao fim e ao cabo com a dignidade humana.

A Constituição Federal de 1988 escolheu a democracia como base do Estado Brasileiro, sob o primado de que “todo o poder emana do povo”: é interessante se ter em mente, no entanto, que o signo *povo* aparece na teoria jurídica da democracia enquanto bloco e que, dessa forma, são encobertas diferenças entre retórica ideológica e democracia efetiva (CHRISTENSEN, 2011 p. 34). Do mesmo modo, o signo *democracia* às vezes é utilizado para encobrir retóricas ideológicas.

Disto decorre a necessidade de se entender a razão para adoção da democracia como o primordial sistema de governo:

parece-nos – e para tanto se busca socorro em José Afonso da Silva - que essa adoção se deu justamente pelo fato de que a democracia se trata do melhor instrumento na realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem, verdadeiramente, nos direitos fundamentais (2011, p. 125). Com efeito, Ingo Sarlet - com fincas em Schneider - demonstra que os direitos fundamentais podem ser considerados concomitantemente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo a partir do indivíduo, por intermédio do direito a igualdade (perante a lei e de oportunidades), de um espaço de liberdade real e por meio da outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade), no ajustamento da comunidade e do processo político (2012, p. 61).

Pensando nessa proposta, acredita-se que a democracia – e a participação popular num geral, à exemplo das manifestações de meados de 2013 - não é e nem deve ser imune a críticas; a democracia deve ser analisada de forma constante para que se mantenha firme no sentido de construir uma sociedade mais justa e igualitária, reconhecendo e efetivando direitos fundamentais nas suas mais variadas dimensões. Preocupado com essa problemática, Gustavo Zagrebelsky idealizou o conceito de *democracia crítica*, segundo o qual a democracia nunca será um regime arrogante e seguro de si, que recusa autocrítica, mas é um regime inquieto, circunspecto e desconfiado, sempre pronto a reconhecer os próprios erros e a recomeçar do zero (2011, p. 132). Com base nesse conceito construído em *A crucificação e a democracia*, percebe-se que a divinização da vontade da maioria transforma a democracia em um governo irracional e manipulável.

Analisando as manifestações mencionadas incansáveis vezes neste artigo, notadamente representadas pela ausência de pautas e chegando a flertar com regimes ditatoriais e com a supressão de direitos fundamentais, se evidencia que a demo-

cracia não pode se equiparar à *voz de deus (vox populi vox dei)*.

Não se pode permitir uma participação popular que pretenda tiranicamente decidir sobre aquilo que não se pode decidir ou deixar de decidir sobre aquilo que se deve decidir, até porque, como pontua Luigi Ferrajoli, “não é precisamente que sobre tudo se deva decidir por maioria, mas que nem tudo se pode decidir (ou não decidir), nem mesmo pela maioria” e que “[m]esmo a democracia política mais perfeita, representativa ou direta, é precisamente um regime absoluto ou totalitário se o poder for nela ilimitado” (2002, p. 689).

A relevância dessas ponderações se agiganta quando analisada tomando a questão sob a ótica das minorias³. Para delimitação da crítica, é preciso esmiuçar este conceito: com Fernando de Brito Alves, calcado em Ortega y Gasset, “construir-se-á o seu conceito [de minorias] a partir daquilo que a distingue da maioria, ou das massas (Ortega y Gasset, 1987), ou seja, a diferença” (2009, p. 13). Além disso, considerando que se fala em diferenças inferiorizantes, cabe invocar as precisas palavras de Boaventura de Sousa Santos:

Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades (2003, p. 458).

A luta das minorias, já de há muito e tanto mais incisiva quanto mais evolui a sociedade no sentido de dar lugar ao plu-

³ “Não se toma a expressão minoria no sentido quantitativo, senão que no de qualificação jurídica dos grupos contemplados ou aceitos com um cabedal menor de direitos, efetivamente assegurados, que outros, que detém o poder. [...] em termos de direitos efetivamente havidos e respeitados numa sociedade, a minoria, na prática dos direitos, nem sempre significa o menor número de pessoas. Antes, nesse caso, uma minoria pode bem compreender um contingente que supera em número (mas não na prática, no respeito etc.) o que é tido por maioria. Assim o caso de negros e mulheres no Brasil, que são tidos como minorias, mas que representam maior número de pessoas da globalidade dos que compõem a sociedade brasileira.” (ROCHA, 1996, p. 285)”

ralismo, braveja pelo reconhecimento de direitos - seja pelo anseio da vivência livre de preconceitos, seja pelo anseio de exercitar direitos que outros tantos grupos já ostentam de longa data. A luta pelo reconhecimento do direito à diferença (inferiorizante) é luta que não cessa. No entanto, a democracia enquanto se pauta exclusivamente no já mencionado dogma de estrita vontade majoritária - que em alguns setores das manifestações de 2013 tentaram se engrandecer a fim de tiranicamente decidir ou não decidir sobre aquilo que não poderiam - por vezes obsta a todos vencer a dita diferença inferiorizante, ou mesmo afirmar a sua diferença caracterizante.

E é desse ponto que emerge a seguinte dúvida: é possível defender a ideia da tutela de direitos de minorias pela via judicial? Afirmou-se neste artigo a impossibilidade de deixar às maiorias dispor de toda a legalidade; mas disto decorre logicamente a possibilidade de que o Judiciário intervenha na política para efetivar direitos de minorias? Em outras palavras, uma eventual tirania da maioria justificaria de pronto o ativismo judicial⁴?

Em outra oportunidade, em artigo veiculado na Revista *Argumenta*, intitulado “Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias”, este mesmo questionamento já assolou estes autores, e defendeu-se naquela hipótese a viabilidade. Novos estudos, no entanto, levaram-nos a analisar com

⁴ Há que se salientar a impossibilidade de se confundir ativismo judicial e judicialização da política: “Essa dificuldade conceitual deve ser enfrentada, especialmente porque vivemos sob um regime democrático, cujas consequências do ativismo podem ser muito prejudiciais. É nesse sentido que é possível afirmar que a judicialização da política é um fenômeno, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do Judiciário na deficiência dos demais Poderes. Por outro lado, o ativismo é gestado no interior da própria sistemática jurídica, consistindo num ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma “corrupção” na relação entre os Poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites na atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos” (STRECK, 2014, p. 65).

maior parcimônia tal posicionamento: não parece mais acertado defender o ativismo judicial - e aqui se optou por adotar argumentos filosóficos, jurídicos e políticos questionadores dessa postura. E para melhor elucidar essa mudança, explicitam-se esses argumentos de maneira concisa, considerando a necessária brevidade deste artigo.

Michel Foucault reconhece o Judiciário como uma instituição de *sujeição do discurso* (2013, p. 42) e ressalta que “o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo pelo que se luta, o poder de que queremos nos apoderar” (2013, p. 10). Ora, se o Judiciário se manifesta enquanto limitador do discurso, e é por este que as minorias alcançariam a tão almejada liberdade/igualdade, o Judiciário se prestaria ao reconhecimento de tais direitos? O Judiciário teria legitimidade para tomar a voz das minorias? Acredita-se que não: Deleuze, dialogando com e elogiando o próprio Foucault, em excerto extraído da *Microfísica do Poder*, arremata: “A meu ver, você foi o primeiro a nos ensinar – tanto em seus livros quanto no domínio da prática – algo de fundamental: a indignidade de falar pelos outros” (2014, p. 133).

Immanuel Kant, no escrito intitulado “Resposta à pergunta: Que é esclarecimento?”, pontua que o homem é o próprio culpado de sua *menoridade*, conceito este que representa a pessoa (ou o grupo, para o que se pretende justificar) incapaz de se fazer guiar por si. Desta feita, acreditando que “o homem é o próprio culpado dessa menoridade se a causa dela não se encontra na falta de entendimento, mas na falta de decisão e coragem de servir-se de si mesmo sem a direção de outrem”, se questiona se do ponto de vista democrático um paternalismo jurisprudencial não iria a desencontro do que se espera de um modelo de governo adequado, ao passo que o Judiciário se manteria dirigindo as causas de determinados grupos obstando o sadio desenvolvimento do sistema: falar-se-ia também aqui na *indignidade de falar pelos outros*.

Não bastassem essas ponderações filosóficas, são fartos os argumentos jurídicos e políticos que justificam a oposição ao ativismo judicial.

É verdade que a separação de poderes não mais remonta à concepção estática de outrora. Não é mais possível falar em determinado Poder responsável pela elaboração da norma e outro responsável pela sua aplicação. Isto é assim porque a própria compreensão da diferença entre *texto* e *norma* derruba essa ideia: o Judiciário (intérprete autêntico) é o Poder competente para a elaboração da norma.

Disto não decorre, contudo, que o Judiciário crie a *norma* a seu bel-prazer: a *norma* parcialmente preexiste, no invólucro do *texto* ou *enunciado normativo*, aguardando ser preenchida com elementos da realidade (*mundo do ser*) (GRAU, 2014, p. 44-45). E necessariamente, se adotada esta posição de matriz gadameriana, na interpretação-aplicação do direito o intérprete age *contido pelo texto*: ao emitir juízos de legalidade, e não de oportunidade, o intérprete atua no campo da prudência (GRAU, 2014, p. 89). Dentro do campo da prudência e observada a moldura da legalidade, não há lugar para o ativismo judicial.

Ademais, o ativismo judicial demonstrou, no berço onde se concebeu esse modelo interpretativo específico, atuações em sentido oposto ao de inclusão tão propalado:

Não se pode esquecer, por outro lado, que o ativismo judicial, nos Estados Unidos, foi feito às avessas num primeiro momento (de modo que não se pode considerar que o ativismo seja sempre algo positivo). O típico caso de um ativismo às avessas foi a postura da Suprema Corte estadunidense com relação ao *new deal*, que, aferrada aos postulados de um liberalismo econômico do tipo *laissez-faire*, barrava, por inconstitucionalidade, as medidas intervencionistas estabelecidas pelo governo Roosevelt (STRECK, 2014, p. 61).

Caminhando para as considerações finais, a resposta para o questionamento feito alhures seria a de que haveria de existir para cada caso uma decisão *conforme o direito*, reafir-

mando a autonomia do direito em relação à política. Não se trataria ao fim e ao cabo de um controle judicial externo sem limites, mas um controle que se justificasse pelo direito, a fim de dar uma resposta adequada à constituição. “Explicitando: juízes decidem (=devem decidir) não subjetivamente, de acordo com seu senso de justiça, mas aplicando o direito (a Constituição e as leis)” (GRAU, 2014, p. 19), Dessa forma, não se justificaria analisar o direito como política, nem que eventualmente seja uma *política do bem*. E essa colocação nos leva ao derradeiro argumento: a distinção entre Justiça e Direito.

Não faltaram, no curso da história, discussões a respeito de ética e justiça. São tantas éticas quantas as religiões, os costumes e as culturas em cada momento histórico. Nenhuma dessas justanças, porém, foi suficiente para resolver a contradição entre o universal e o particular. A única tentativa viável encontrada, embora precária, foi a da *legalidade*. Mas, para tanto, foi necessário reconhecer a distinção abismal entre Justiça e Direito. No direito moderno opera-se a separação absoluta entre *postum* e *pressuposto*, entre *lex* e *ius* (GRAU, 2014, p. 16-17). Daí que, sendo o ativismo judicial a mais clara transgressão do *texto normativo*, buscar a justiça por essa via significa aplicar da *justiça* individual do julgador: é deixar que *subjetivamente* um juiz ou tribunal decida sobre o justo e o injusto.

Lênio Streck, arrematando a questão do ativismo judicial e também do que denomina *solipismo judicial*, defendeu que discutir as condições de possibilidade da decisão jurídica – que tanto se discutiu na segunda parte deste artigo – é, antes tudo, uma questão de democracia. E que, qualquer concepção hermenêutico-interpretativa que continue a apostar no subjetivismo, estará fadada a sempre depender de um sujeito individualista (2013, p. 95-99).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Num primeiro momento, como a esta altura deve estar suficientemente claro, tentou-se desconstruir uma série de críticas que permeiam o imaginário do senso comum teórico quando trata de uma suposta crise da democracia representativa, mesmo sem uma imprescindível determinação do que vem a ser *crise*. Tentou-se, sobretudo, demonstrar que a democracia representativa, embora não seja perfeita, é um canal adequado de influxo das demandas sociais, sem que isto exclua a (necessária) participação popular.

Tentou-se demonstrar, além disso, que a democracia representativa – em especial a democracia brasileira em seu atual contexto - *não vive uma crise*, ao menos não no sentido comumente empregado, uma vez que o fenômeno da hiperpolitização e as insatisfações diante de um cenário político específico não denotam necessariamente algo negativo, mas um meio de maior e melhor autodeterminação política; isto porque, diga-se, os desacordos não são algo negativo em si, mas simplesmente decorrem do seio social. Então, ao contrário de uma crise no sentido vulgar, vê-se um instrumento de canalização e difusão das várias vozes que ecoam no meio social, pois tem sido mais intensa a participação popular.

A suposta crise nega uma ideia de regressão do indivíduo à esfera privada (antipolítica) e manifesta um sentimento de solidariedade.

Mais adiante, caminhando para o segundo ponto, suscitou-se a questão sobre o *como* das manifestações de meados de 2013, que tal como os movimentos *occupy* se caracterizaram pela ausência de pautas. E bem aí se tentou enfrentar a questão de que mesmo a oposição entre maiorias e minorias decorrendo logicamente do sistema democrático, não é facultado que determinada maioria decida (ou não decida) sobre tudo, de forma a criar monopólios políticos espúrios. Ou seja, discutiu-se a necessidade de um controle externo que não deixe a “democracia” (dita exclusivamente enquanto *vontade da maioria*) dege-

nerar as finalidades do Estado Democrático de Direito, que é a efetivação dos direitos fundamentais.

Bem nessa esteira, a discussão caminhou à questão sobre a viabilidade de o Judiciário intervir nessas questões, de modo ativista, como a se tornar uma espécie de “tábua de salvação da democracia”. Tal ideia, contudo, considerando os vários fundamentos filosóficos, políticos e pragmáticos apresentados, não pareceu acertada.

E isto é assim porque, ora, não há como defender um controle de Poder que não tenha também um controle. Em outras palavras, como criticar a faculdade das majorias de decidir (ou não decidir) sobre qualquer coisa e, ao mesmo tempo, entregar a faculdade de atuar de maneira ativista ao Judiciário? Também aqui há que se controlar o poder!

É inviável continuar a defender um ativismo judicial como via de “correção” da democracia. Mas também, entende-se, se e enquanto uma democracia madura exige um controle externo, tal controle deve emergir do próprio direito. Ou seja, o direito *deve ser* ferramenta de controle da política, observando-se a ordem constitucional.

Por derradeiro, não há como deixar de ressaltar que em momento algum se retrocede em detrimento do pluralismo e da inclusão, mas o que se faz é questionar se de fato o ativismo judicial viria como forma legítima e adequada de sua efetivação.

A resposta que se apresenta, então, ao fim e ao cabo, reside na ideia de que esse controle externo seja de fato exercido – e pelo judiciário -, mas não de forma ativista, mas sim pelo direito e *contido* pelo direito. Há que se ter controle do poder, mas um controle *controlado* e legitimado pela ordem constitucional. Tal ideia, contudo, demanda uma rígida observância do *como* se interpretar o direito, que, entende-se, remonta à nova hermenêutica.



REFERÊNCIAS

- ALVES, Fernando de Brito. Democracia e desconfiança. *Revista Argumenta*, Jacarezinho - PR, n. 16, p. 267-281, Fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/223/222>>. Acesso em: 23 Jun. 2015.
- _____. *Constituição e participação popular*. Curitiba: Juruá, 2013.
- ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias. *Revista Argumenta*, Jacarezinho - PR, n. 20, p. 33-45, jun. 2014. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/432>>. Acesso em: 23 Jun. 2015.
- _____. *Para uma fundamentação dos direitos de minorias em tempos de transição paradigmática*. Jacarézinho, 2009. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2009.
- ARDANT, Philippe. *Institutions politiques e droit constitutionnel*. 11 ed. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence (L.G.D.J.), 1999.
- BARTHES, Roland. *Mitologias*. Tradução de Hector Schmucler. Século veintiuno editores. México, DF/Madrid: 1980.
- BECK, Ulrich. *La democracia y sus enemigos: textos escogidos*. Barcelona, Paidós, 2006.

- COMPARATO, Fábio Konder. Prefácio. In: MULLER, Friederich. *Quem é o povo? : a questão fundamental da democracia*. 6. ed. Tradução: Peter Neumann. Revisão da Tradução: Paulo Bonavides. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- CHRISTENSEN, Ralph. Introdução. In: MULLER, Friederich. *Quem é o povo? : a questão fundamental da democracia*. 6. ed. Tradução: Peter Neumann. Revisão da Tradução: Paulo Bonavides. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010.
- DELEUZE, Gilles. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Organização, introdução e revisão técnica de Roberto Machado. – 28. ed. –Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014
- FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro e 1970*. Tradução: Laura Fraga de Almeida Sampaio. 23. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013.
- FRASER, Nancy. Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy, in CALHOUN, Craig (ed.). *Habermas and the public sphere*. Cambridge: The MIT Press, 1992.
- GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6ª edição refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. Porto Alegre: Editora Malheiros, 2014.
- HARVEY, David. ŽIŽEK, Slavoj. ALI, Tariq et al. *Occupy: movimentos de protesto que tomaram as ruas*. São Paulo: Boitempo, 2012
- KANT, Immanuel. *Resposta à Pergunta: Que é esclarecimento*

- [<Aufklärung>]?. Disponível em:
<http://coral.ufsm.br/gpforma/2senafe/PDF/b47.pdf>.
Acesso em: 23 Jun. 2015.
- KOSELLECK, R.; RICHTER, M.. “Crisis”. *Journal of the History of Ideas*, n. 67(2), 2006.
- LAUVAUX, Philippe. *Les grandes démocraties contemporaines*. Paris: Press Universitaires de France, 1990.
- LEFORT, Claude. *Democracy and political theory*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1988.
- MIGUEL, Luis Felipe. Representação Política em 3-D: elementos para uma teoria ampliada da representação política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. Vol. 18, nº 51, 2003.
- MOUFFE, Chantal. *O regresso do político*. Tradução de Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 15, p. 85-99 de 1996 | *Gênese : Revista de Direito Administrativo Aplicado*, vol.3, nº 10, p. 649-664, jul./set. de 1996. Disponível em: <
<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176462/000512670.pdf?sequence=3>>. Acesso em 26.out.2013.
- ROITMAN, Janet. Crisis. In: *Political Concepts: a critical lexicon*. Disponível em:
<http://www.politicalconcepts.org/issue1/crisis/>
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SCHIMITT, Carl. *The Concept of Political*. Trad. de George Schwab. Chicago: Chicago University Press, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* – 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5ª ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014

ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. Tradução: Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.