

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA III

ANDRÉ PARMO FOLLONI

RICARDO DOS REIS SILVEIRA

JULIA MAURMANN XIMENES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C758

Constituição e democracia III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: André Parmo Folloni, Julia Maurmann Ximenes, Ricardo Dos Reis Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-290-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Constituição. 3. Democracia.

I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA III

Apresentação

Entre os dias 7 e 9 de dezembro o XXV Congresso Nacional do CONPEDI ocorreu em Curitiba, com o tema Cidadania e Desenvolvimento sustentável: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

Diante da pertinência com esta temática, o grupo de trabalho Constituição e Democracia se reuniu em diferentes salas, e a presente apresentação trata do grupo III.

A tensão entre Direito e Política esteve presente durante as discussões, com debates sobre o momento histórico, político e constitucional brasileiro após os acontecimentos de 2016, bem como a atuação dos diferentes atores da sociedade, do campo político e do campo jurídico.

Assim, as pesquisas refletem inquietações sobre a efetivação da democracia no Brasil a partir de diferentes atores sociais: cidadão, Sindicatos, Poder Legislativo, Supremo Tribunal Federal, Ministério Público dentre outros objetos analisados.

Algumas pesquisas trataram de casos específicos, como a ADI 4429/DF, a PEC 65 e a PE 33 /2011.

As inquietações continuam mas o debate proporcionou um rico momento para a pesquisa jurídica.

Boa leitura!!!

Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Prof. Dr. André Parmo Folloni - PUCPR

Prof. Dr. Ricardo Dos Reis Silveira - UNAERP / UNIFEB

**QUANDO O PARLAMENTO CUNHA DE INCONSTITUCIONALIDADE O
PROCESSO LEGISLATIVO: A TIRANIA DA MAIORIA NA REALIDADE
BRASILEIRA**

**WHEN THE NATIONAL REPRESENTATIVE CHAMBER OVERLAPS THE
DEMOCRATIC CONSENSUS AGAINST THE DEMOCRATIC FOUNDATIONS OF
THE LAWMAKING PROCEEDINGS AND RATIONALITY: THE MAJORITY
PARLIAMENT TYRANNY**

**Thales Dyego De Andrade Coelho ¹
Cassius Guimaraes Chai ²**

Resumo

Discute-se o processo legislativo inconstitucional como mecanismo de imposição da vontade tirânica da maioria, ignorando não somente disposições constitucionais, mas verdadeiramente sufocando os direitos dos grupos numericamente inferiores. Busca-se compreender, sob uma perspectiva crítica da modernidade e seus fundamentos, os fatores que levam a democracia a perverter-se num regime tirânico, onde a vontade da maioria não dá espaço a vozes dissidentes. Mostra-se a presença de tais fatores na realidade brasileira, ilustrando-se com algumas situações concretas e discutindo-se como o ativismo judicial pode contribuir para mitigar a perversão da democracia.

Palavras-chave: Tirania da maioria, Democracia, Individualismo, Processo legislativo, Ativismo judicial

Abstract/Resumen/Résumé

This paper discusses the unconstitutional legislative process as a mechanism to enforce the tyrannical will of the majority. This legislative process ignores not only the constitutional prescriptions but also the civil rights of the minorities. It analyzes from a critical perspective of modernity, the factors that contribute to the democracy's perversion into a tyrannical regime where majority's will do not permit minorities' freedom of speech. It also shows that those factors are present in Brazilian political context by discussing concrete situations and also analyzes the judicial activism as a tool that can mitigate the perversion of the democracy.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Tyranny of the majority, Democracy, Individualism, Legislative process, Judicial activism

¹ Mestrando em Direito e Instituições do Sistema da Justiça (UFMA) Especialista em Direito Público (PUCMinas) Graduado em Direito (UFMA) Professor da Faculdade Pitágoras São Luís, IMEC e Instituto Florence.

² Doutor em Direito (UFMG) e Direito Público comparado e sistema legal EUA (Cardozo School of Law) Mestre em Direito Constitucional (UFMG) Especialista em Direito, Estado e Sociedade (UFSC)

1 INTRODUÇÃO

Ao acolher em seus fundamentos de legitimidade ao exercício do Poder e potencializar a participação popular, a democracia traz consigo a marca do justo, respondendo à necessidade social de maior confiança e segurança na autoridade política, *accountability*, revestindo o poder político democrático um maior grau de legitimidade.

O regime democrático, todavia, não está imune do risco de perverter-se num regime baseado numa lógica de massa, alicerçada nos hábitos e vontades de uma maioria numérica quando a instrumentalidade da vontade se impõe alheia às liberdades e direitos de grupos minoritários em número, e que terminam por ficar à mercê daquela massa, que traveste sua tirania de “soberania popular, democrática e legítima”.

O direito político está em crise. A partir do surgimento dos Estados modernos e da consagração do homem ao núcleo da ordem pública, iniciou-se um processo de desenvolvimento das liberdades. Embora a colocação do homem no centro do ordenamento e o constante aumento da proteção de sua esfera de liberdades individuais tenha objetivado protegê-lo, a história mostra que o direito político não é previsível, havendo fortes tendências a abusos. Assim, este crescendo culminou na criação de um Estado Moderno carente de dimensão comunitária e possuindo como epicentro o “eu”. Desenvolveu-se uma filosofia do interesse e da liberdade libertária, transformando o cidadão – preocupado com a comunidade – em indivíduo – egoísta, preocupado somente com seus próprios interesses.

No Brasil, como em qualquer outra sociedade que se inspira nos ideais de um Estado de Direito, a tirania da maioria, parlamentar ou não, e a transformação do cidadão em indivíduo são perceptíveis. Se o regime brasileiro não é tirânico, ao menos nuances de autocracia já aparecem em sua realidade. Clamores sociais setorizados por libertarianismos excessivos sinalizam menor comprometimento da população com o destino da comunidade e maior interesse individual. — Uma democracia jovem enfrentar tais perigos exige uma reflexão.

A tirania da maioria, insuflada por uma massa de indivíduos, mostra-se presente na sociedade brasileira principalmente pela atuação inconstitucional do Legislativo. Seja quando age inconstitucionalmente por omissão, deixando de criar leis para efetivar programas traçados na Constituição, seja quando cria normas que padecem de vícios formais e materiais de inconstitucionalidade. — É no Parlamento que a democracia brasileira corre o maior risco de iniciar esse processo de perversão que pode culminar num regime desalinhado com a identidade democrática.

Contudo, antes de se estudar a realidade do parlamento brasileiro, são necessários

alguns comentários acerca dos fenômenos da transmutação do cidadão em indivíduo, causada pelo individualismo em excesso trazido pela modernidade, notadamente a modernidade líquida na visão de Bauman, bem como da dinâmica da tirania da maioria de Alexis de Tocqueville. Ao final, analisar-se-á as possíveis contribuições do ativismo judicial para o problema democrático, sob a perspectiva de proteção das minorias quando confrontadas com os desejos majoritários tirânicos.

2 A MODERNIDADE E OS MALEFÍCIOS DO INDIVIDUALISMO

Nas últimas décadas a dinâmica das relações sociais está cada vez mais imprevisível. Enquanto antes havia um maior grau de pessoalidade, hoje estão cada vez mais virtuais. A mudança foi mais notável com a popularização da internet, nos anos 1990, e com o surgimento das redes sociais, na década de 2000. O real virou virtual (BAUMAN, 2011).

O fenômeno de desconstrução de valores, contudo, foi progressivo e atingiu seu ápice na modernidade. O primeiro sinal daquilo que viria a ser a chamada de via moderna se deu ainda no século XIV, quando Guilherme de Occam e Marsílio de Pádua pensaram a independência da Cidade em relação à Igreja: a livre decisão da vontade dos indivíduos era o princípio de emergência da Cidade, não a vontade divina (GOYARD-FABRE, 2002). Mas, só no século XVI desabrochará uma teoria do direito político moderno. Após um constante crescendo racionalista, Maquiavel causaria a ruptura entre política e moral, Bodin traria a ideia de unidade da soberania e centralização do poder, e, no século XVII, Hobbes seria o propulsor do “segundo nascimento da política moderna”, com o Estado-Leviatã, de um poder unitário e cujo princípio-base é a razão humana (GOYARD-FABRE, 2002).

Com efeito, é no século XVIII que o Iluminismo, com uma filosofia desteologizada, rompendo com a tradição, buscou a ideia de Poder e organização do espaço público exclusivamente na razão humana. Mas, ao colocar o homem e a razão no núcleo do direito político moderno, o Iluminismo não passou imune à críticas, destacando-se as de Hegel. Hegel considerava a modernidade uma doença cujos sintomas eram perceptíveis na decadência do Estado. E essa percepção pode ser interpretada a partir da consideração hegeliana de que todas as determinações racionais da vontade decorrem da liberdade. Para ele, o direito político moderno era minado pela sua principal virtude, a promoção do indivíduo. Como cada um só se preocupará consigo, a comunidade ficará prejudicada – o Estado Moderno subordinou a ordem pública às reivindicações privadas. “O espírito, mutilado pelo advento da particularidade e da subjetividade, que nele insinuam a diferença dissolvente, entrou em decadência” (GOYARD-FABRE, 2002, p. 36).

Nesse contexto, Zygmunt Bauman identifica que característica principal da modernidade foi o seu ideal de ruptura com a tradição, o qual chamou de “sua capacidade de derretimento dos sólidos” (2001, p. 9). Embora esse propósito de derretimento e rompimento com a tradição seja a principal característica moderna, tal processo deveria ser somente um estágio para o estabelecimento de novos sólidos e não a solução definitiva.

A desconstrução dos valores seria apenas uma fase em todo um processo de reconstrução de uma nova sociedade, pautada em novos valores. Contudo, se não se pode afirmar que a modernidade falhou nessa reconstrução, é inequívoco que o seu objetivo não foi atingido de forma perfeita. Tal é perceptível quando se observa que, no momento da desconstrução dos valores morais pré-modernos, do derretimento dos sólidos anacrônicos, não houve efetivamente a construção de novos valores. O processo de reconstrução não foi bem definido e terminou por ficar à mercê das relações econômicas, passando a economia a ser a base sobre a qual viria a moldar-se a estrutura moral da nova sociedade.

“Derreter os sólidos” significava, antes e acima de tudo, eliminar as obrigações “irrelevantes” que impediam a via do cálculo racional dos efeitos; [...] Por isso mesmo, essa forma de “derreter os sólidos” deixava toda a complexa rede de relações sociais no ar – nua, desprotegida, desarmada e exposta, impotente para resistir às regras de ação e aos critérios de racionalidade inspirados pelos negócios, quanto mais para competir efetivamente com eles (BAUMAN, 2001, p. 10).

A partir do momento em que os valores morais da sociedade moderna ficaram à mercê da economia, criou-se o ambiente propício para o surgimento de uma mentalidade individualista, valorizadora de bens materiais e riqueza, em detrimento de valores humanistas. Todo esse processo de derretimento, que resultou no rompimento das correntes que mantinham o “animal” economia preso – amarras representadas por embaraços políticos, éticos e culturais que desapareceram –, resultou no surgimento de uma nova ordem, de valores econômicos.

Dentre as consequências desse processo que culminou na modernidade líquida, destaca-se o “combate entre o indivíduo e o cidadão”. “O ‘cidadão’ é uma pessoa que tende a buscar seu próprio bem-estar através do bem-estar da cidade” (BAUMAN, 2001, p. 45). Já o indivíduo é movido por desejos individualistas, importando-se primariamente com o seu bem-estar, indiferente à comunidade. O bem-estar da comunidade só interessa se lhe beneficiar. Para o indivíduo “as duas coisas úteis que se espera e se deseja do ‘poder público’ são que ele observe os ‘direitos humanos’, isto é, que permita que cada um siga seu próprio caminho, e que permita que todos o façam ‘em paz’” (BAUMAN, 2001, p. 45).

Atualmente, há um processo de individualização em curso, o que vem a provocar a corrosão do conceito de cidadão. As pessoas, menos “cidadãos”, possuem anseios mais individualistas e o espaço público se mostra infrutífero à discussões e debates políticos que possam representar um resultado positivo no que concerne ao bem-estar da sociedade. A noção de bem-estar da comunidade soa cada vez mais estranha a essa “sociedade de indivíduos”.

Nessa perspectiva, Leo Strauss, pela pena de Goyard-Fabre, já afirmava que o individualismo semeou a criação de uma doutrina dos “direitos do homem” entendidos como “direitos subjetivos”. Houve uma destruição da noção de comunidade e o desenvolvimento de uma filosofia da liberdade com epicentro no “eu”. “Sob um céu vazio, a autonomia chega assim a se confundir com o egoísmo.” (GOYARD-FABRE, 2002, p. 469) — No contraponto crítico, a perspectiva de F. A. Hayek em *The Constitution of Liberty*, entre ética, individualismo, conservadorismo e libertarianismo, quando afirma saber que ao conservador não faltam princípios morais, o que lhe faltam são princípios que o habilitem a trabalhar e a conviver com pessoas que pensam e expressam opiniões distintas das suas. Princípios que são indispensáveis à coexistência de valores diferentes em uma sociedade pacífica.

Na medida em que se percebe a individualização exacerbada da sociedade líquida, há menos preocupação com a efetivação do direito alheio, notadamente quando se trata de medidas que venham a privilegiar o direito de minorias, objeto de aversão justamente pelo enfraquecimento da noção de cidadão. Essa desídia com o direito alheio não se materializa somente no sentido negativo – de obstacularização de medidas afirmativas –, mas também num sentido positivo, num agir “criativo”, notadamente no processo legislativo, com a aprovação de normas que padecem flagrantemente de inconstitucionalidade, mas que, por possuírem apelo perante a maioria, terminam aprovadas por um parlamento tão contaminado pela lógica do “eu” quanto a sociedade que representa.

Tal situação, grande parte das vezes, fundamenta-se num raso discurso de igualdade, no qual há, por parte do indivíduo uma argumentação eminentemente formal-positivista, calcada na igualdade formal exposta pelo postulado do “todos são iguais perante a lei”. A superficialidade desse discurso é cristalina, pois, como Canotilho (2007) afirma, a igualdade por um lado é uma política de justiça social, ligando-se à concretização de imposições constitucionais efetivadoras de direitos econômicos, sociais e culturais e, por outro, é inerente à própria ideia de “igual dignidade social”. A igualdade consagrada na Constituição através do “todos são iguais perante a lei” existe não só com fundamento antropológico-axiológico contra discriminações, mas como princípio jurídico-constitucional

impositivo de compensação de desigualdade de oportunidades e até mesmo como princípio sancionador da violação da igualdade por comportamentos omissivos, o que legitima ainda ações em prol de grupos considerados vulneráveis.

Porquanto tal processo de individualização atua sobre toda a sociedade, não se pode olvidar o seu reflexo sobre inúmeras questões, como questões eleitorais, onde se vislumbra que o parlamentar, movido por intenções eleitoreiras, legisla de modo a dificultar a adoção de medidas que, embora possam potencializar direitos de classes menos favorecidas, não lhe tragam benefícios políticos. Nessa linha, Bauman aponta que o derretimento dos sólidos trouxe uma fluidez ao poder político e a política perde cada vez mais poder. Soberania e política atualmente estão num iminente divórcio, e essa separação é tanto causa como consequência do derretimento dos sólidos, que, por sua vez, é tanto um resultado do processo de modernização como uma nova forma de poder, cuja consequência é o encorajamento do abandono pelo Estado de funções por ele antes desempenhadas, deixando-as à mercê do mercado (BAUMAN, 2007).

Na medida em que tais funções ficam relegadas ao mercado, a observância de direitos e a preocupação com a juridicização de políticas de inclusão fica condicionada à sua consequência e variável econômica, de maneira que, caso a efetivação de uma política pública seja de interesse da Constituição, mas não do mercado, o Estado, pelo distanciamento entre poder, soberania e política, resta inerte. Há uma delegação às forças do mercado do poder de decidir ou não acerca da produção de determinada Lei, o que representa verdadeira *precificação* de direitos. — Um exemplo concreto, doravante desenvolvido, é o caso de Propostas de Emenda à Constituição que tratam da redução da maioria penal.

Referendando o que aqui se expõe acerca da separação entre poder e política, Bauman (2007, p. 8) proclama a “separação e o iminente divórcio entre o poder e a política”, de modo que o poder de agir antes disponível ao Estado, agora direciona-se a um espaço global descontrolado politicamente, e a política, pois permanece local, é incapaz de gerir a dimensão global, o que culmina no abandono das funções antes desempenhadas pelo Estado, que se tornam um verdadeiro *playground* para as forças do mercado.

Tais reflexões acerca da crise do Estado Moderno contribuem sobremaneira para uma percepção mais acurada acerca do panorama político atual brasileiro. É inegável que o individualismo, ao trazer o “eu” para o epicentro da sociedade, foi decisivo para o desencadear desta crise, pois alçou o egoísmo ao centro da política. Assim, no que Tocqueville chama de “eras de igualdade”, cada homem dirige todos os seus sentimentos para si próprio, segundo uma noção individualista, que, embora inicialmente só se mostre presente

no espaço público, eis que para ele o individualismo é somente um juízo errôneo, mas refletido, da realidade, com o tempo termina por descambar num egoísmo, que longe de ser refletido e tranquilo, nasce de um instinto cego que potencializa, na democracia, a separação do homem com seus contemporâneos em todos os aspectos, ameaçando “encerrá-lo, enfim, por inteiro, na solidão de seu próprio coração”. (TOCQUEVILLE, 2004, p. 119-121)

Por tal conjuntura, antes de se analisar a realidade concreta do direito político brasileiro, é imperioso dissecar-se, em face da chamada “igualização de condições” trazida pelo regime democrático, como o individualismo se manifesta na afirmação da soberania do povo e no poder da opinião pública, dois dos vetores que sustentam o fato democrático, e como tal relação pode culminar no que o autor viria a chamar de “tirania da maioria”.

3 A TIRANIA DA MAIORIA

A noção de soberania do povo teve sua origem no século XVIII com Rousseau, que desenvolveu sua teoria da soberania a partir de sua concepção de contrato social e, logo depois, com Sieyès, que trouxe a noção de soberania nacional. As teorias de ambos foram determinantes para a Revolução Francesa que se avizinhava, retirando de uma vez por todas o ideal de transcendência do seio do direito político.

Como narra Goyard-Fabre (2002, p. 188), o acontecimento revolucionário modificou as perspectivas da ideia original de soberania do povo, tornando-se premente a determinação da extensão desse conceito, o que motivou Benjamin Constant a afirmar que não é possível, de fato, fazer da soberania do povo um absoluto político. Para ele, o limite da soberania do povo se dava onde começava a independência e a existência individuais. Como grande pensador que foi, Constant influenciou o pensamento de inúmeros estudiosos liberais de seu tempo, sendo um deles, Alexis de Tocqueville. Tocqueville foi profundamente influenciado pela conjuntura sociopolítica revolucionária. Seus pais haviam sido prisioneiros em Paris no período conhecido como Terror, somente salvos em razão da queda de Robespierre e, além disso, a forma como marchava a democracia na sua época o assustava, trazendo ímpetos apaixonados, ideias abstratas e uma uniformidade social que não se coadunava com sua noção de hierarquia, necessária para uma monarquia constitucional que julgava ser respeitadora das liberdades, na forma preconizada por Montesquieu.

Os temores de Tocqueville se confirmaram na Revolução de Julho de 1830, quando a burguesia liberal realizou uma série de levantes que culminaram com a queda da monarquia constitucional de Carlos X – que, diferente do *Ancien Régime*, possuía limites em seu poder – e o fim do período da Restauração Francesa. Tocqueville, que à época da

Revolução de 1830 era juiz-auditor em Versailles, percebendo que a França era incapaz de instalar e organizar o regime que pensava ser o ideal para a proteção das liberdades – a monarquia constitucional, resolve então atravessar o Atlântico a fim de estudar as instituições penitenciárias da América. Dessa viagem surge o clássico *A democracia na América*.

Já conhecedor dos ímpetus apaixonados que levam a democracia a um crescente irresistível que busca igualar as condições de forma praticamente absoluta, Tocqueville empreende uma metódica diversa para analisar o fato democrático americano. Enquanto na filosofia tradicional imaginava-se um modelo ideal e, a partir desse modelo pensava-se como melhorá-lo através da análise de seus princípios e características, Tocqueville faz o oposto, analisa a democracia americana que está ao seu redor. Após essa inovação de método, percebe “os três vetores que formam a arquitetura que sustenta o fato democrático: a igualização das condições, a afirmação da soberania do povo e o poder da opinião pública” (GOYARD-FABRE, 2003, p. 205-206).

Tocqueville sustenta que o individualismo igualitário brota a partir do declínio da aristocracia, que “fizera de todos os cidadãos uma longa cadeia que ia do campônio ao rei; a democracia rompe a cadeia e põe cada elo à parte” (TOCQUEVILLE, 2004, p. 121). Todavia, embora a ideia de democracia traga uma carga positiva no sentido de fazer com que todos acreditem numa maior liberdade, a igualização das condições, que acaba com as hierarquias trazidas pela aristocracia, acaba também prejudicando as complementaridades entre os indivíduos e isso acaba se tornando uma das mais graves ameaças à própria liberdade. A igualização das condições, numa sociedade democrática termina por se tornar a grande causa geradora das leis e dos costumes e isso traz duas consequências. A curto prazo, a consequência normal e desejada é o fim dos privilégios a determinadas classes. Entretanto, a longo prazo, a modificação dos costumes enseja uma maior uniformização de valores.

E essa uniformização de valores engendra efeitos jurídico-políticos, de modo que a condição social passa a dar forma à política, culminando numa sociedade política que é a mera imagem da sociedade civil, o Estado, assim não mais se separa da sociedade, abrangendo tudo o que é social (GOYARD-FABRE, 2003). Com isso, o valor das instituições passa a ser observado conforme a sua convergência com os valores da sociedade civil e, inevitavelmente, a partir do momento em que há uma igualização na sociedade civil, a soberania do povo manifesta-se como expressão dos valores e costumes da maioria e a opinião pública está sempre presente no governo.

Nessa linha, a força da massa ganha proporções gigantescas, pervertendo os próprios princípios jurídico-políticos do Estado que deixa de observar valores sobre os quais

se estabeleceu e passa gradualmente a ceder a opiniões e pressões momentâneas. Tocqueville chega a profetizar que independentemente das leis políticas que rejam a sociedade e “os homens nas eras de igualdade, podemos prever que a fé na opinião comum se tomará aí uma espécie de religião, de que a maioria será o profeta.” (TOCQUEVILLE, 2004, p. 12)

A opinião da maioria é, para ele, ao mesmo tempo, a força e a fraqueza da política democrática, pois se garante a estabilidade e duração do regime, a sua adesão ao presente é sua grande fraqueza ao ignorar o passado – quando, por exemplo, ignora prescrições fundamentais da Constituição – e o futuro – quando o vê somente como uma mera ampliação do presente. Para ele a opinião pública é justamente a grande ameaça à liberdade, na medida em que corre o risco de estabelecer uma verdadeira onipotência da opinião majoritária, esmagando as peculiaridades das minorias numéricas sempre que contrárias à massa.

Assim, Tocqueville (2005) já considerava detestável a máxima de que a maioria do povo teria o direito de fazer tudo. Apesar disso, situava na vontade da maioria a origem de todos os poderes, indagando ainda se havia contradição nesse pensamento. Não parece haver contradição nesse pensamento na medida em que a vontade da maioria pode perfeitamente não se alinhar aos valores de justiça. O problema se agrava quando essa maioria termina por perverter completamente a ordem jurídica e transformar as relações de direito em relações de força, resultantes simplesmente da força majoritária.

O perigo reside, portanto, na utilização da opinião pública como fator de legitimação, isto é, considerar que uma ideia que seja contrária a essa opinião comum não possua qualquer legitimidade simplesmente por ser antagônica. Caso assim seja, a democracia se transformará num verdadeiro regime de manada. “Movida pela história, a corrente igualitária, com suas ondas destrutivas, corre o risco de não promover, mas de engolir o que faz a humanidade dos homens: sua liberdade” (GOYARD-FABRE, 2003, p. 222).

O argumento democrático majoritário, por si só, não é suficiente para substanciar a legitimidade do poder. Diferentemente do que imaginavam os revolucionários franceses, a democracia está muito distante de ser a estrada da liberdade e, antagonicamente, pode consubstanciar uma verdadeira estrada para o fim da liberdade, caso não se imponha limites ao dogma da vontade majoritária.

O que é uma maioria tomada coletivamente, senão um indivíduo que tem opiniões e, na maioria dos casos, interesses contrários a outro indivíduo, denominado minoria? Ora, se você admitir que um homem investido da onipotência pode abusar dela contra seus adversários, por que não admite a mesma coisa para uma maioria? Os homens, reunindo-se, mudaram de caráter? Tomaram-se mais pacientes diante dos obstáculos tomando-se mais fortes? (TOCQUEVILLE, 2005, p. 294-295).

Ao analisar a democracia norte-americana, Tocqueville toca num ponto nevrálgico ao perguntar-se a quem se dirigiria um homem que sofresse uma injustiça. À opinião pública não seria possível, pois ela mesmo constitui a maioria. Da mesma forma, não poderia fazê-lo com relação ao Legislativo, na medida em que este representa a maioria tirânica. Igualmente, o Executivo, eleito pela maioria, serve-lhe de instrumento; a força pública é a maioria sob as armas; o júri é a maioria sentenciante e os próprios juizes são eleitos pela maioria, em certos estados – nos Estados Unidos. Em face disso, não haveria outra solução ao homem senão subjugar-se à maioria tirânica. (TOCQUEVILLE, 2005)

Uma das soluções apontadas por Tocqueville para se evitar essa tirania da maioria seria um Legislativo que, embora representasse a maioria, estivesse imune a seus ímpetos apaixonados, um Executivo autônomo e com força própria e um Judiciário absolutamente independente dos dois outros poderes. Porém, embora tal raciocínio possa ser resumido num mecanismo efetivo de pesos e contrapesos entre os Poderes, a grande questão é como materializá-lo na prática de países ainda em desenvolvimento e com uma democracia constitucional incipiente, como no caso brasileiro.

4 A TIRANIA DA MAIORIA NA PRÁTICA BRASILEIRA: O PROCESSO LEGISLATIVO INCONSTITUCIONAL

O projeto traçado pela Constituição de 1988 encontra imensas dificuldades de materialização. As inúmeras injustiças sociais e a ineficiência do poder público parecem ser a regra, tamanha a inefetividade do projeto constitucional original. Na obra *A força normativa da Constituição*, Konrad Hesse (1991) dizia que a Constituição, embora não possa realizar nada, por si só, pode impor tarefas e transformar-se em força ativa caso tais tarefas sejam cumpridas pela sociedade, não obstante os juízos individuais de conveniência de cada um.

Para Hesse a Constituição converte-se em força ativa se estiverem presentes na consciência geral não somente a “vontade de poder”, mas também a “vontade de constituição”. Essa vontade origina-se de três vertentes diferentes: (i) compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido; (ii) compreensão de que a ordem precisa estar em constante processo de legitimação; (iii) compreensão de que a ordem não será eficaz sem o concurso da vontade humana. (HESSE, 1991)

A vontade da Constituição, no que tange ao Estado brasileiro é, portanto, diariamente ignorada pelos mais diversos atores políticos. Tal panorama de ineficácia social é

endêmico, alcançando praticamente todos os grupos sociais por um longo período histórico. Entretanto, não se pode olvidar que, se o problema tem dimensões graves quando se fala da parcela majoritária da população, as dimensões são inimagináveis quando se fala de grupos vulneráveis que não possuem representatividade suficiente nos poderes públicos.

Se o poder público se mostra inerte, seja pela sua histórica ineficiência, seja por motivos eleitoreiros, evitando a adoção de políticas públicas que possam refletir negativamente nas urnas, a judicialização de demandas envolvendo direitos fundamentais revela-se cada vez mais atual, mormente quando se trata de temas impopulares. O ativismo judicial – a atuação proativa do Poder Judiciário, interferindo diretamente em políticas públicas tipicamente do Executivo e Legislativo –, se, por um lado, consubstancia certa ameaça ao princípio democrático, por outro pode funcionar como autêntico mecanismo de defesa do próprio regime, sendo uma ferramenta de regulação contra a sua perversão, isto é, contra a tirania da maioria.

A contumaz violação de liberdades fundamentais de grupos numericamente minoritários pode, a longo prazo, culminar no seu desaparecimento, pela igualização de condições que torna a sociedade mais uniforme e, portanto, retira a humanidade dos indivíduos, eis que todos passam a se comportar como numa manada, com valores, costumes e hábitos homogêneos, ou também culminar no próprio uso da força material desta minoria numérica contra a maioria tirânica, como já preconizava Tocqueville (2005).

A manutenção da pluralidade é não somente sadia, mas necessária para a estabilidade de uma democracia. São imensuráveis os potenciais danos que a simplificação do conceito de legitimidade democrática à imposição da vontade da maioria numérica pode causar. Apesar do pluralismo imanente à sociedade brasileira, o que se torna paulatinamente mais perceptível é que os ímpetus apaixonados da opinião pública passam cada vez mais a reger o comportamento do Parlamento que, demagogo, utiliza-se do processo legislativo para fins eminentemente individualistas. Goyard-Fabre (2003) já alertava que, na democracia, o ímpeto das paixões populares, o descomedimento da maioria numérica provoca o “jogo deletério das facções e destila o veneno da demagogia”.

Para o próprio Montesquieu (2003) o povo era admirável na hora de efetuar a escolha daqueles a quem deveria confiar parte de sua autoridade, todavia, por si próprio, era incapaz de conduzir um negócio e saber as ocasiões e os momentos certos para agir. “[...] O povo [...] que tem capacidade suficiente para julgar a gestão de outrem, não é, no entanto, capaz de governar a si próprio” (MONTESQUIEU, 2003, p. 25).

Montesquieu já desconfiava da massa, notadamente quando afirmava que o povo

sempre tem “muita ou pouca ação”, isto é, sempre age de mais ou de menos. A mesma desconfiança no que dizia respeito aos arroubos apaixonados da grande massa impetuosa e à sua incapacidade de guiar a si mesma, encontra inúmeros ecos na obra de Tocqueville, para quem inúmeras medidas úteis e que requerem maior exatidão e cuidado, muitas vezes terminam por ser abandonadas, uma vez que “na América, como em outros lugares, o povo procede por esforços momentâneos e impulsos súbitos”. (TOCQUEVILLE, 2005, p. 104)

A inevitável abertura do regime democrático às paixões populares, notadamente quando tais paixões emergem carregadas por um individualismo exacerbado que faz as reivindicações populares gravitarem sempre em torno do “eu” e de valores que refletem egoísmo dos homens, ajuda a explicar o porquê de ser tão corriqueiro, na atualidade do Brasil, o massivo apoio popular a conjunturas que, a pretexto de serem conseqüências de uma igualdade que busca libertar, nada mais são senão falsas percepções de uma igualdade formal estrita que somente desiguala e gangrena a própria república.

Caminha-se, assim, para uma sociedade que, longe de consagrar as liberdades individuais num ambiente de pluralismo, insere-se numa espiral libertária que somente afasta os indivíduos ao potencializar, de um lado, a desídia com a ordem e a vida dos outros membros da comunidade e, de outro, a exaltação dos desejos e ambições individuais.

Toda essa conjuntura de paixões exacerbadas mina a democracia a tal ponto que surge a desfiguração política chamada demagogia e, nessa dinâmica, a dialética democrática, que se supunha devesse caminhar de maneira construtiva, perverte-se num confronto violento, verdadeiro embate de facções.

Se Tocqueville já afirmava que a igualdade de condições era a principal característica do fato democrático, constata-se que, atualmente, nos Estados modernos, essa igualização, materializa-se principalmente, no que tange à política, por meio do sufrágio universal, pelo qual o voto de todos os cidadãos tem o mesmo valor. Da mesma forma, não se pode ignorar que, no seu surgimento, à época da Revolução Francesa, a democracia era compreendida como a estrada que conduziria à liberdade dos cidadãos contra o poder arbitrário. Na atual conjuntura, essa liberdade, embora se materialize das mais variadas formas, no jogo político emerge na forma da liberdade de expressão, liberdade de opinião.

Materializadas, no seio do direito político, a igualdade de condições na forma do sufrágio universal e a liberdade individual na forma da liberdade de expressão, consequência natural era o surgimento dos partidos políticos, chamados a desempenhar papel nuclear nas democracias modernas, na medida em que representam os diversos grupos que compõem a comunidade. Diante disso, a política, no regime democrático desvirtuado pelas paixões, passa

a centralizar-se cada vez mais numa dinâmica amigo-inimigo – conforme teorizada por Carl Schmitt. Há cada vez mais propaganda, manipulação e redução das relações sociais a relações de força, de imposição, o que leva inexoravelmente à imposição tirânica da maioria numérica.

É verdade que a expressão da oposição é necessária num regime democrático que busca a pluralidade, todavia, não se pode ignorar que a democracia será sempre um espaço onde haverá discórdia e polêmica, onde os partidos políticos correrão sério risco de transformarem-se em facções sensíveis a paixões e ímpetos momentâneos, carregados de ideologias radicais.

Para que a democracia funcione plural e virtuosa, não basta o estabelecimento de condições iniciais de disputa. São necessários instrumentos que venham a obstaculizar abusos, é imprescindível a presença de garantias contra a tirania da maioria e dos impulsos súbitos.

A conjuntura relatada ainda representa outro risco: a demagogia. A desfiguração política demagógica é uma forma de corrupção do regime democrático já estudada desde a Grécia antiga, consistindo, como a etimologia da palavra não deixa desmentir, no poder de conduzir o povo. Na demagogia, há um interesse em manipular as massas visando vantagens subversivas. A manipulação demagógica de um lado adula as massas para obter seu apoio e, de outro, excita-as para explorar seus arroubos impetuosos.

Goyard-Fabre (2003, p. 261) resume o fenômeno demagógico quando ensina ser ele o sinal da decadência da democracia e da própria autoridade política, bem como da degradação do poder e da política, pois alimenta, do lado dos governantes, a multiplicação dos aproveitadores corruptos, e, do lado dos governados, os demagogos aproveitam-se, através de manobras, de suas manifestações e gritos para reforçar seu interesse em fazer aqueles que estão a governar ceder.

O jogo democrático então passa a seguir uma dinâmica regida pela má-fé, intriga, ameaça, ardis, estratégias, perversões venenosas que, paulatinamente, minam a higidez do Estado, decompondo-o e o pervertendo em instrumento de dominação de uma tirania popular. Nesse estágio, a democracia e a própria política perecem, deixando de existir.

Esse panorama catastrófico não soa estranho ao espectador da democracia brasileira. Com as devidas matizes, esse panorama não é estranho a grande parte das democracias constitucionais ocidentais, o que viabiliza a compreensão de que as democracias modernas se encontram em crise.

Costuma-se dizer que o campo principal onde é jogado o jogo democrático é o Parlamento. É fato intuitivo que, nas quase três décadas de democracia brasileira, o

Parlamento ultrapassou seus limites de atuação mais do que se supunha que o fizesse.

Segundo dados do segundo dados do Anuário da Justiça Brasil 2015, desde que julgou a primeira Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) em 1989, o Supremo Tribunal Federal (STF) já analisou o mérito de 1.329 ações até a data de 23 de fevereiro de 2015. Destas, 63,7% foram julgadas inconstitucionais pelo menos em parte, isto é, somente no período de um ano, o Poder Legislativo teve 847 de suas Leis consideradas como violadoras da Constituição. (CONJUR, 2015)

É verdade que nem todas as leis foram de autoria do Legislativo e que nesse cálculo estarem inclusas leis não só federais, mas também estaduais. Contudo, todas as Leis passam pelo Poder Legislativo. Ademais, a contumácia da situação assusta, notadamente quando o Legislativo, enquanto representante do povo, deve ser o primeiro dos poderes a zelar pela higidez da Constituição e de todo o corpo de normas jurídicas.

Porém, o que se percebe na realidade é que o legislativo brasileiro encontra-se atualmente gangrenado por todos os problemas citados acima, desde sua total abertura às paixões da opinião pública – que, à essa altura já é uma opinião predominantemente tirânica, na medida em que já se operou a transmutação do individualismo em egoísmo e, portanto, do cidadão em indivíduo –, passando pela guerra de facções facilmente perceptível, eis que parlamentares de diferentes partidos políticos ofendem-se diariamente nos noticiários com condutas indecorosas; culminando na predominância da desfiguração política da demagogia, porquanto tais parlamentares, corruptos, buscam manipular a opinião pública conforme seus próprios interesses, fato comprovado por inúmeros escândalos como o Mensalão, Petrobrás etc.

Ademais, a realidade brasileira está permeada de casos nos quais tentou-se utilizar da opinião pública da maioria, estiolando-se direitos fundamentais a pretexto de se conseguir interesses outros frutos de desejos egoísticos, seja de partidos políticos, seja de grupos majoritários. Fez-se dos fins, meios. O comportamento demagógico do Parlamento transformou então o objetivo do direito, que é a materialização dos direitos fundamentais, em meio para se concretizar desejos ideológicos.

Caso emblemático é o da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 171, de 1993, que trata da redução da maioria penal de 18 para 16 anos em algumas espécies de crimes. A referida proposta, apresentada originalmente em agosto de 1993, passou por uma tramitação bastante embaraçada, de modo que várias outras propostas foram a ela apensadas. Após 22 anos, em março do ano de 2015, a PEC 171 finalmente passou pelo juízo de admissibilidade da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados (CCJ).

Após a formação de uma comissão especial e sua aprovação pela CCJ, um substitutivo da PEC foi encaminhado para votação na Câmara dos Deputados, o quórum constitucional de três quintos não foi atingido na votação do substitutivo e, no dia seguinte, votou-se novamente a mesma matéria, mas a proposição original, não um substitutivo.

Diante de tal conjuntura, há, dentre outros vários, dois questionamentos constitucionais basilares acerca da PEC. Primeiramente, há quem aponte a existência de inconstitucionalidade formal – quando a violação se dá com relação ao procedimento constitucionalmente previsto para a criação da norma, isto é, violação ao devido processo legislativo –, porquanto violado o art. 60, §5º da Constituição Federal, que dispõe: “A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.” A existência de eventual inconstitucionalidade formal não é objeto de exame neste trabalho, embora pareça clara, pois, a despeito de discussões acerca de substitutivos, a matéria em si foi rejeitada num dia e aprovada no outro, o que é vedado pela Constituição.

O segundo argumento trata da inconstitucionalidade material, eis que a matéria da PEC violaria direito substantivo. É dizer, a PEC relativizaria o direito individual de certo grupo de indivíduos de somente serem responsabilizados criminalmente ao atingirem 18 anos. Como se trata de direito individual que estaria sendo mitigado, emergiria o art. 60, §4º, inciso IV da Constituição, que trata dos direitos e garantias individuais enquanto limitação material ao poder de reforma, colocando o manto da inconstitucionalidade material sobre a referida PEC.

Relatada a conjuntura de inconstitucionalidade da PEC 171, que não é objeto de análise detida neste trabalho, cumpre se observar três fatores que fazem com que o caso da PEC 171 seja emblemático no que tange à análise da democracia brasileira.

Em primeiro lugar, trata-se de matéria que se encaixa na noção de opinião pública. Segundo diferentes institutos de pesquisa, mais de 80% da população era a favor da redução da maioria penal.¹ Além disso, discute-se a relativização de direitos fundamentais de determinado grupo não majoritário. Por fim, o momento das manobras políticas envolvendo a PEC – julho de 2015 – coincidiu com o ápice histórico², até aquele momento, de rejeição da

¹ Segundo o Instituto Paraná Pesquisas, a aprovação é de 90% (<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/90-apoiam-reducao-da-idade-penal-c8e24o0vlosyiway5n00aryvi>); Segundo o DataFolha, 87% aprovam (<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2015/04/1620652-87-dos-brasileiros-sao-a-favor-da-reducao-da-maioridade-penal.shtml>); Conforme o IBOPE, em setembro de 2014, 84% aprovavam (<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/83-da-populacao-e-a-favor-da-reducao-da-maioridade-penal.aspx>). Endereços visitados em 25 de setembro de 2016.

² Dados do DataFolha: <http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2015/06/1646136-recorde-rejeicao-a>

então Presidente da República e o *impeachment* já era tido como iminente, conforme alguns veículos midiáticos já demonstravam³.

Àquela altura, o enfraquecimento político da Presidente era crescente e já havia uma constante tensão entre o Presidente da Câmara dos Deputados e a então Presidente da República. Nesse contexto, a manobra política engendrada para permitir a votação da PEC 171 consubstanciou verdadeiro estratagema cuja finalidade era política: demonstrar fraqueza do Executivo diante do Parlamento. Para se atingir tal fim, o Parlamento manobrou a esmagadora vontade da maioria, de reduzir a maioria penal, e fez dos direitos fundamentais do grupo numericamente inferior mero meio de desestabilização do governo – o que afronta fulcralmente a própria noção de dignidade, que traz o ser humano como um fim em si mesmo e não meio para finalidades outras. Em suma, para pressionar ainda mais a Presidente da República, tentou o Parlamento reduzir a maioria penal.

Por mais que se queira retirar o elemento demagógico de manipulação da massa por parte do Parlamento, não se pode ignorar que a rejeição da Presidente da República pela população já era tamanha que o simples fato da mesma declarar-se, àquela altura, contra a redução da maioria penal⁴ já ensejava os mais ferozes protestos por parte de seus opositores, que sequer analisaram a argumentação a favor e contra a medida, posicionando-se contrários por mero jogo político, como na dialética do amigo/inimigo de Carl Schmitt.

Uma análise racional do uso da política e dos meios de comunicação como instrumento de manipulação das massas é reflexão urgente e, mais que isso, como fato violador de direitos fundamentais. Independentemente de posições ideológicas, parece inegável o fato de que, no caso da PEC 171, os direitos fundamentais de determinado grupo foram reduzidos à mera ferramenta de manipulação em massa, a tirania da maioria materializada na prática.

Diante de tais problemas que podem gangrenar o regime democrático, o ativismo judicial, se parcimonioso, pode ser um escudo de proteção de grupos vulneráveis, impedindo que haja um totalitarismo majoritário. Por outro lado, há que se evitar o abuso na prática desse ativismo, sob pena de se colocar em risco a própria continuidade de políticas públicas e comprometer o próprio Estado, notadamente a atividade administrativa (BARROSO, 2007).

Nessa linha, a despeito de se defender um ativismo, não pode prevalecer a ideia de

dilma-atinge-65.shtml. Acesso em 25 de setembro de 2016.

³ Por todos, o Financial Times: <http://blogs.ft.com/beyond-brics/2015/02/25/brazil-10-good-reasons-to-think-the-two-month-old-government-will-go/>

⁴ Por todas, o Portal G1: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/04/dilma-critica-reducao-da-maioridade-penal-em-encontro-com-jovens.html>

que o Judiciário deva preponderar sobre o Legislativo ou o Executivo, pois, independentemente de todos os problemas sociológicos da modernidade líquida em que se vive, são estes dois últimos os poderes aos quais estão reservados os *loci de elaboração dos discursos de fundamentação das leis e*, conseqüentemente os que exprimem maior legitimidade democrática, notadamente o Legislativo, arena na qual se pode respeitar e levar em consideração a pluralidade de concepções de mundo e de valores (ÁVILA, 2009).

Assim, se todo o fenômeno ocorrido com o advento da modernidade culminou com a identidade entre a sociedade política e a sociedade civil, a fim de evitar uma tirania da maioria, é necessário um intermediário entre ambas, uma intermediação entre Estado e sociedade, a fim de que valores plurais convivam pacificamente. Esse intermediário deve ser o Judiciário.

Nessa linha, Hart Ely (2010, p. 12) pondera que “a tarefa mais difícil sempre foi e continua sendo a de criar uma ou mais maneiras de proteger as minorias da tirania da maioria sem incorrer numa contradição flagrante com o princípio do governo majoritário”.

O ativismo judicial, embora sedutor, é bastante dificultoso na prática, pois, embora uma maioria totalmente livre para agir tenda a se tornar tirânica, não se pode ignorar que um ativismo sem limites enfraquece a Constituição ao deixá-la nas mãos de autoridades não eleitas.

Ely então pondera, fazendo uma metáfora do papel do Judiciário com relação ao futebol, de modo que cabe ao juiz intervir somente quando um dos times obtém uma vantagem injusta e não quando o time “errado” faz gol. Nesse caso, não cabe uma intervenção a bel prazer, pela simples discordância ideológica, por mais forte que ela seja, afinal de contas, discordâncias ideológicas são determinações valorativas e, numa democracia representativa, cabe ao Legislativo, representante do povo, fazê-las. Caso o povo discorde da ideologia do governo, terá legitimidade plena para desaprová-lo, podendo destituí-lo. A interferência do Judiciário se dá “quando um dos times obtém uma vantagem injusta”, sendo que Ely identifica essa “vantagem injusta” quando o processo democrático externa desconfiança, isto é:

quando (1) os incluídos estão obstruindo os canais de mudança política para assegurar que continuem sendo incluídos e os excluídos permanecem onde estão, ou (2) quando, embora a ninguém se neguem explicitamente a voz e o voto, os representantes ligados à maioria efetiva sistematicamente põem em desvantagem alguma minoria, devido à mera hostilidade ou à recusa preconceituosa em reconhecer uma comunhão de interesses – e, portanto, negam a essa minoria a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos. (HART ELY, 2010, p. 137)

O Judiciário não atua propriamente como paladino da moral ou criador de valores fundamentais, pelo contrário, tais valores devem ser definidos pelo Parlamento. Se ocorrer tal subversão entre os papéis, a crítica de Ingeborg Maus ecoará inequivocadamente, transmutando o perfil da Jurisdição naquele que não mais diz o direito, mas aquele que aponta o comportamento moral para a sociedade (MAUS, 2000). — Logo, cabe ao Judiciário impedir que esse Parlamento, dominado por uma maioria, impeça que a minoria possa também definir seus próprios valores. — O Judiciário emerge somente quando o sistema político e os canais de mudança política não estão funcionando perfeitamente, impedindo as minorias de se manifestarem.

A Constituição Federal do Brasil, ao criar um quórum qualificado, mais rigoroso que o das leis ordinárias, para a aprovação de Emendas à Constituição, consagra a necessária concordância das minorias para com a definição do futuro político do país. É dizer, se existe um quórum qualificado e mais dificultoso é porque a Constituição exige a concordância das minorias com as mudanças mais importantes nos rumos políticos do país.

É essa a função do quórum qualificado e por tal função condutas como uma nova votação da PEC 171, um dia após ter sido rejeitada matéria idêntica, consubstancia uma obstrução aos canais de mudança política e, por isso, trata-se de situação da qual emana desconfiança, o que legitima a intermediação contra majoritária do Judiciário para manter a integridade do sistema político, pois “um dos times fez um gol irregular”.

O Ministro Celso de Mello, no Recurso Extraordinário nº 477.554/MG no STF, cujo objeto era a união civil de pessoas do mesmo sexo, externou perfeitamente a função contra majoritária das Cortes Constitucionais e sua relação com as minorias:

Cabe registrar [...] a função contra majoritária que, ao Supremo Tribunal Federal, incumbe desempenhar no âmbito do Estado democrático de direito, em ordem a conferir efetiva proteção às minorias. [...] O Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos prevaletentes na sociedade brasileira [...] culmina por gerar um quadro de [...] submissão de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, o que compromete, gravemente, por reduzi-lo, o próprio coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, pois, ninguém o ignora, o regime democrático não tolera nem admite a opressão da minoria por grupos majoritários.

Se presentes os motivos que ensejem a sua atuação, o Judiciário deve agir em caráter contra majoritário, desde que para garantir a intangibilidade de direitos e interesses que identifiquem grupos minoritários que se encontrem em situação de vulnerabilidade e, por tal situação, estejam sendo objeto de preconceito, perseguição ou exclusão. O ativismo judicial só se manifesta como mecanismo potencializador da legitimação democrática se

absorver a noção de que a análise dos méritos substantivos das decisões políticas devem estar primariamente sob o espectro de atribuições do Parlamento, que é o campo fértil para o debate democrático.

O ativismo judicial só funcionará como escudo das minorias se não lhes for permitida uma participação devida no processo democrático, isto é, caso não lhes seja dado o direito de voz, que, na prática, materializa-se pela desobstrução dos canais de mudança política, bem como pela facilitação da representação das minorias, sem perder de vista que a função de exercer o controle judicial, declarando-se a inconstitucionalidade de uma Lei não se confunde com a atividade Legislativa, o Judiciário só deve agir quando a atividade legislativa for suspeita.

5 CONCLUSÃO

Ao fim da Revolução Francesa, bradou-se a todos os ventos que a democracia seria a estrada que conduziria à liberdade. Como se percebe da atual realidade política, não foi bem assim. Com o advento da modernidade e a sua sanha de derretimento de valores, alçou-se o individualismo e o racionalismo ao topo da vida social, rompendo-se totalmente com os valores tradicionais. O homem que pensa e existe passou a ser o centro do universo.

Tal raciocínio era sedutor, tão sedutor quanto errôneo e, tão logo os regimes absolutistas foram extirpados, os primeiros problemas do direito político moderno passaram a se mostrar cada vez mais claros. O cerne do direito político moderno estava no fato democrático, que tinha em sua base a igualização de condições, a soberania do povo e o poder da opinião pública, todos permeados por ideais individualistas, a fim de pavimentar adequadamente a “estrada para a liberdade”.

Na prática o que se percebeu é que a igualização de condições terminou por conduzir o homem não à liberdade, mas à desumanidade. O homem passou a perder seu valor intrínseco enquanto ser racional, passou a perder seu valor enquanto membro produtivo de uma comunidade. O homem paulatinamente deixou de ser homem, tornando-se num mero repetidor integrante de uma manada.

A soberania do povo, grande virtude que acabara com os privilégios de determinado grupo de aristocratas de conduzir o destino de todos, manteve-se no cerne dos regimes democráticos, cada vez mais como soberania da maioria, cada vez menos como soberania do povo. O poder da opinião pública, por sua vez, emergiu de forma impetuosa e, o que antes era visto como manifestação da liberdade defensora e fiscalizadora do povo frente a abusos que porventura pudessem ser cometidos pelos seus representantes, logo tornou-se um

desejo de imposição e uniformização, um desejo de dominação.

Enquanto os pilares do regime democrático gradualmente pervertiam-se, o individualismo, surgido para colocar o homem com consciência cidadã e suas liberdades fundamentais no núcleo dos Estados modernos, transmudou-se em egoísmo cego, lá alçando o “eu” superficial, leviano, vazio.

A democracia dos estados modernos está em crise. A tirania das maiorias deixou de ser um risco para se transformar numa realidade. Os Parlamentos ocidentais não parecem conseguir resistir aos ímpetos apaixonados das massas, delas aproveitando-se por métodos cada vez mais demagógicos. A realidade brasileira não é diferente. O país vive uma crise política, econômica e social. Os direitos fundamentais foram reduzidos a meras prescrições literais vazias, as normas constitucionais deixaram de ser fins para se tornarem meios.

No caos político, as minorias são esmagadas em suas liberdades públicas. Contumaz em suas violações, o Parlamento tornou-se campo de combate entre facções e, cada vez mais, cunha de inconstitucionalidade o processo legislativo. Nessa conjuntura desoladora, o ativismo judicial é um dos poucos instrumentos de defesa para manter a higidez do ordenamento, mas é – e deve ser – limitado, só pode ser legítimo se não se arvorar da função legislativa. Deve limitar-se a permitir a desobstrução dos canais regulares de mudança política, bem como a potencializar a representação política das minorias. O juiz não pode ocupar uma cadeira no parlamento.

O grande anátema da democracia surge quando o Parlamento, arauto da liberdade democrática, cunha de inconstitucionalidade suas próprias leis, materializando a vontade tirânica da maioria, parlamentar ou não, e esmagando as vozes dissidentes da minoria.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. “**Neoconstitucionalismo**”: entre a “**Ciência do Direito**” e o “**Direito da ciência**”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**. Brasília, DF: Presidência da República.

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para atuação judicial. Revista Interesse Público, Belo Horizonte, n. 46, p. 34, nov./dez. 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. **Tempos líquidos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

_____. **44 cartas do mundo líquido moderno**. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Almedina: 2007.

CONJUR. **De cada 10 leis julgadas em ADIS pelo STF, 6 são inconstitucionais**, abr. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-13/cada-10-leis-julgadas-adis-stf-sao-inconstitucionais>>. Acesso em: 01 jul. 2015.

GOYARD-FABRE, Simone. **Princípios filosóficos do direito político moderno**. 1ª Edição, 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O que é democracia**. 1ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HART ELY, John. **Democracia e desconfiança**. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. 1ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HAYEK, Friedrich August. **The Contitution of Liberty**. Chicago: The University of Chicago, 1960.

HEGEL, G.W.F. **Fenomenologia do Espírito**. Trad. de Paulo Meneses com a colaboração de Karl-Heinz Effen e José Nogueira Machado. 3a . ed. Rev. Petrópolis, RJ: Vozes: Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2005

_____. **Linhas Fundamentais da Filosofia do Direito ou Direito Natural e Ciência do Estado em Compêndio**. Trad. de Paulo Meneses et. Al. Sao Leopoldo, RS: Ed. Unisinos, 2010.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Texto integral. Série Ouro. Coleção “A Obra-prima de Cada Autor. São Paulo: Martin Claret, 2003.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã**. (Trad. Martonio Lima Montalverne e Paulo Albuquerque) in Revista Novos Estudos n. 58, 2000.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: sentimentos e opiniões**. Tradução de Eduardo Brandão; Vol. II – 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **A democracia na América: leis e costumes**. Tradução de Eduardo Brandão; prefácio, bibliografia e cronologia de François Furet. Vol. I – 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.