O DESLOCAMENTO DO EIXO DA DEMOCRACIA E O ATIVISMO JUDICIAL: *O GUARDADOR DE PROMESSAS* DE ANTOINE GARAPON

THE DISPLACEMENT OF THE AXIS OF DEMOCRACY AND JUDICIAL ACTIVISM: *THE GUARDIAN OF PROMISES* OF ANTOINE GARAPON

Deilton Ribeiro Brasil[1]

Sumário.

1. Considerações iniciais. 2. Delineando o ativismo judicial. 3. Os novos atores. 4. Os desafios atuais. 5. Julgar apesar de tudo. 6. Considerações finais. Referências

Resumo:
O artigo analisa o fenômeno do ativismo judicial a partir do referencial teórico da obra *O guardador de promessas: justiça e democracia* de Antoine Garapon (1996). Segundo o autor, a justiça teria se transformado em último refúgio de uma democracia enfraquecida em seus ideais e privada de suas principais referências, tornando-se um espaço de exigibilidade da democracia. O juiz torna-se o último guardião das promessas, tanto para o indivíduo como para a comunidade política. Essa flexão do argumento direciona-se para a defesa de que o tecido da sociabilidade pode ser reestruturado por meio de um modelo de justiça que possibilita aos cidadãos um aperfeiçoamento dos procedimentos democráticos, um reencontro com seus valores fundamentais compatíveis com o espírito republicano.

Palavras-Chave: Ativismo judicial; Justiça constitucional; Democracia; República; Moralidade.

Abstract:
The article analyzes the phenomenon of judicial activism from the theoretical background of the book *The guardian of promises: justice and democracy* written by Antoine Garapon (1996). According to the author, justice had turned into last refuge of a weakened democracy in their ideals and deprived of his main references, making it a space enforceability of democracy. The judge becomes the last guardian of promises, both for the individual and the political community. This bending of the argument is directed to the defense of the tissue of sociability can be restructured through a model of justice that allows citizens to an enhancement of democratic procedures, a reencounter with its core values compatible with the republican laws.

Keywords: Judicial activism; Constitutional Justice; Democracy; Republic; Morality.

---

[1] Pós-Doutorando em Democracia e Direitos Humanos pelo CEIS20 e IGC (2013) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Portugal. Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro/RJ. Mestre em Direito pela Faculdade Milton Campos de Belo Horizonte/MG. Professor da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete - FDCL. E-mail: deilton.ribeiro@terra.com.br

1. Considerações iniciais.

No livro *O guardador de promessas: justiça e democracia*, o antropólogo e jurista Antoine Garapon confere à figura do juiz a função de um árbitro dos bons costumes e até mesmo da moralidade política. A justiça torna-se *um espaço de exigibilidade da democracia*. Oferece potencialmente a todos os cidadãos a capacidade de interpelar os seus governantes, de chamá-los à atenção e de obrigá-los a respeitar as promessas contidas na lei. Enquanto, outrora, o juiz se limitava a sancionar os desvios, eis que agora se lhe solicita que exerça um verdadeiro magistério sobre as pessoas mais frágeis (1996).

No desenho institucional concebido pelo autor, enquanto, antigamente, o conflito constituía uma ameaça de dissolução da relação social, hoje, transforma-se numa possibilidade de socialização (1996, p. 47). O direito deixou de ser o instrumento da manutenção social e passou a ser o da sua contestação: surge como a fonte de uma sociedade que se constitui na procura de si mesma (1996, p. 48).

No livro *Paul Ricoeur: a promessa e a regra*, o professor de Filosofia Ética Olivier Abel, a partir do pensamento filosófico de Ricoeur, conclui que, julgar é aceitar uma tensão entre a definição do justo como a promessa de uma cidade feliz [2] e a aplicação de regras que evitam o pior (1996, p. 15). Este aspecto traduz a ideia de justiça em Ricoeur pela primazia da ética sobre a moral, que exige o agir ético na *polis* mediante uma sabedoria prática. Destaca ainda a instituição da justiça como princípio de partilha e vê no juízo do magistrado o cenário quotidiano do desejo da justiça (1996, p. 12). Assim, para Ricoeur (1995, p. 95), reiterando o já disposto desde a *Ética a Nicômaco* de Aristóteles (1131a), a justiça é definida pelo *frágil equilíbrio que ela estabelece entre um excesso e uma falta*, um muito e um muito pouco, o que o leva a considerá-la como uma *mediania* um termo médio entre dois extremos.

O direito analisa-se, em última leitura, como uma promessa feita à comunidade nacional ou internacional, às gerações vindouras. Por isso há uma *regra de ouro*, que é a própria condição do edifício jurídico: as promessas devem ser mantidas, *pacta sunt servanda* (GARAPON, 1996, p. 177).

---

[2] Aristóteles (1.097b) enfatiza que o homem é por natureza um ser político, o qual não consegue viver sozinho, por isso ele realizaria a sua felicidade plena na *pólis*, melhor dizendo, a felicidade entendida na *pólis* deve visar o bem comum dos cidadãos.

2. Delineando o ativismo judicial

Observa-se que o Estado moderno passa por profundas transformações nas esferas política e social, culminando num processo de descrença das instituições políticas. O cidadão assiste ao desmoronamento dos referenciais político-institucionais que haviam balizado o Estado moderno. Acrescente-se a este descrédito, a ausência de princípios éticos basilares do agir político. A consequência é a despolitização do sujeito e sua fragilidade perante a complexidade da vida moderna. Ocorre a transferência das expectativas frustradas para o Judiciário, instância possibilitadora de resgate dos ideais de justiça.

Estes elementos podem ser resumidos na perspectiva de Ricoeur é com a própria transformação da democracia que é preciso interligar a transformação do papel do juiz. É necessário, portanto, atender às razões de deslegitimação do Estado para explicar aquilo que se produz, antes de mais, como uma inflação judicial. O debate entre justiça e política dá origem a uma inquietante relação triangular: *despolitização, judicialização e fragilidade*.

Para GARAPON (1996, pp. 20-21), procura-se no juiz não só o jurista ou a figura do árbitro, mas também do conciliador, o apaziguador das relações sociais e até mesmo o animador de uma política pública como em matéria de prevenção e delinquência. A justiça não pode apenas limitar-se a dizer o justo, ela deve simultaneamente instruir e decidir, aproximar-se e manter as suas distâncias, conciliar e optar, julgar e comunicar. A justiça é responsável por realizar materialmente – e já não apenas formalmente – a igualdade dos direitos e de disfarçar o desequilíbrio entre as partes. O juiz é designado para objetivos determinados: colocar a criança fora de perigo, salvar empregos, reintegrar os detidos. O juiz é tornado válido pelo seu desempenho na realidade social e já não, como anteriormente, por um estrito critério de legalidade. O juiz torna-se *treinador*, intimado a corrigir todas as injustiças do mercado e a tratar dos prejuízos da industrialização (1996, p. 241).

Para Aristóteles (1132a) recorrer ao juiz é recorrer à justiça, pois a natureza do juiz é ser uma espécie de justiça animada, e as pessoas procuram o juiz como um intermediário ou mediadores, na convicção de que, se os litigantes conseguirem o meio-termo, obterão o que é justo. Portanto, justo é um meio-termo já que o juiz o é. O juiz, então, restabelece a igualdade. E quando o todo foi igualmente dividido, os litigantes

dizem que receberam *o que lhes pertence*, ou melhor explicando, obtiveram o que é igual.

Temos então que, o igual é o meio-termo entre a linha maior e a linha menor, de acordo com uma proporção aritmética, e essa é a origem do termo *dikaion* (justo), em razão de ser uma divisão em duas partes iguais *dikion,* como se devesse ser entendida como *dikaion;* e um *dikastés* (juiz) é aquele que divide ao meio.

No caso, julgar uma situação verdadeiramente humana é tomar parte na tragédia potencial nessas circunstâncias nas quais se exerce a responsabilidade do homem levada aos seus limites. Reivindicar, julgar apesar de tudo, é, afinal de contas, uma reivindicação da dignidade do homem (ARENDT, 1991, p. 144). [3]

Conforme observa GARAPON (1996, p. 36) a erupção do ativismo judicial não pode ser compreendida enquanto este último não estiver ligado a um movimento mais profundo do qual é apenas uma manifestação. Não se trata de uma transferência de soberania para o juiz, mas, antes de mais, de uma transformação da democracia. Os juízes não usufruiriam de tal popularidade se não existisse uma nova expectativa política em que surgem como os potenciais campeões e também se não encarnassem uma nova forma de conceber a democracia.

Aduz ainda que esta concepção bastante *legicêntrica* do Direito vê-se ultrapassada por dois fenômenos diferentes, mas convergentes: por um lado, a inflação de textos mal preparados, com um conteúdo pouco claro e, por outro, a integração numa comunidade supranacional que enseja numa nova possibilidade de julgar a lei graças a textos que contêm princípios de um valor superior, como a Constituição ou os tratados internacionais (GARAPON, 1996, p. 37).

Para Garapon esses dois fenômenos – desnacionalização do direito, esgotamento da soberania parlamentar – designam o fulcro da evolução, ou seja, a migração do centro da gravidade da democracia para um lugar mais exterior. A judicialização da vida política atesta este deslocamento: doravante, é nos métodos da justiça que a nossa época reconhece uma ação coletiva justa. A justiça, aliás, forneceu à democracia o seu novo vocabulário: imparcialidade, processo,

---

[3] De fato, a transferência das esperanças para o Judiciário brasileiro implica que o foco das decisões, especialmente as do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, converta-se em palco preferido para a realização da ética e da plena realização dos Direitos Fundamentais. A noção de Justiça Constitucional aparece com mais clareza: aspira-se a uma legitimação efetiva, apta a convergir os anseios do cidadão e não apenas os procedimentos atinentes à sua competência, com os Direitos Fundamentais proclamados no texto constitucional brasileiro.

transparência, contraditório, neutralidade, argumentação (1996, p. 42). O direito deixou de ser o instrumento da manutenção social e passou a ser o da sua contestação: surge, hoje, como a fonte de uma sociedade que se constitui na procura de si mesma. (1996, p. 48). O conflito pode aparecer como uma possibilidade de socialização (1996, p. 50).

Dessa forma, não foi tanto o juiz que se tornou um novo ator político, mas sim os homens políticos que se tornaram novos justiciáveis (1996, p. 32). A justiça encarna, hoje em dia, o espaço público neutro, o direito, a referência da ação política e o juiz, o espírito público desinteressado (1996, p. 42) bem como um espaço de exigibilidade da democracia. Oferece potencialmente a todos os cidadãos a capacidade de interpelar os seus governantes, de chamá-los à atenção e de obrigá-los a respeitar as promessas contidas na lei (1996, p. 46). A lei torna-se um produto semiacabado que deve ser concluído pelo juiz, ou melhor, o juiz atualiza a obra do constituinte e torna-se um co-legislador (1996, p. 38). Segundo Maus, o juiz torna-se o próprio juiz da lei – a qual é reduzida a produto e meio técnico de um compromisso de interesses (2000, p. 196).

O juiz surge como o recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem gerir de forma diferente a complexidade e a diversidade que geram. Privado das referências que lhe conferem uma identidade e estruturam a sua personalidade, o indivíduo procura no contato com a justiça, uma proteção contra o desmoronamento interno. Perante a decomposição do político, é doravante o juiz que se pede a salvação. O juiz torna-se o último guardião das promessas, tanto para o indivíduo como para a comunidade política (GARAPON, 1996, pp. 23-24).

Em outras palavras, o juiz torna-se o novo anjo da democracia, que reclama um estatuto privilegiado do qual já expulsou os homens políticos. Sente-se investido de uma missão redentora em relação à democracia, coloca-se numa posição de destaque, inacessível à crítica popular. Alimenta-se do descrédito do Estado, da decepção em relação ao político. A justiça concluiria, assim, o processo de despolitização da democracia (1996, pp. 74-75).

3. Os novos atores

Segundo Garapon (1996, p. 79) a mídia vangloria-se de possuir as mesmas qualidades de um juiz de instrução: paciência, minúcia, tenacidade. Assume-se como verificadora e certificadora das informações. Ela interroga testemunhas, se possível, antes da justiça, e confronta os testemunhos. A imagem é percepção, dirige-se mais aos sentidos do que à inteligência. Assombra o pensamento e derruba qualquer elaboração simbólica. A mediatização intimida os poderes públicos a agir, a fazer qualquer coisa (1996, p. 84).

Por tal influência da mídia, a transparência tornou-se uma das grandes reivindicações das nossas democracias. Ela assemelha-se ao sol e à luz. Ela não pode tolerar os domínios proibidos, a mentira, o segredo, a discrição, todos os artifícios que possam dissimular a verdade. A imagem deve levantar todos os véus, descobrir todas as máscaras, pois ela é a própria expressão da verdade (1996, pp. 88-89).

Garapon entende que a transparência, numa democracia, não é a dos homens, mas dos processos. Ela não consiste em saber tudo, mas em saber apenas o que foi legitimamente estabelecido. O procedimento judicial não é senão o acordo prévio sobre a forma mais justa de saber e igualmente não saber, de esquecer (anistia) ou de ignorar (nulidade) (1996, p. 89). Nesse contexto, a publicidade é, para a justiça, apenas uma garantia processual, quase um mal necessário (1996, p. 92).

4. Os desafios atuais

No entendimento de Garapon (1996, p. 101) a justiça tornou-se o lugar de eleição das paixões democráticas e o tribunal do último palco do combate político. A opinião pública está hoje mais inclinada a identificar-se com a vítima do que com o árbitro, mais com o governado do que com o governante, mais com o contrapoder do que com o poder, mais com o justiceiro do que com o legislador.

A justiça, assim, é objeto de novas solicitações, como as relativas à bioética, à eutanásia, aos crimes contra a humanidade ou à medicina preventiva, para atenuar a ruína de um laço social debilitado nos indivíduos excluídos, ela é intimada a se concretizar numa democracia simultaneamente inquieta e desencantada (1996, p. 147).

Para o autor, o Código Civil é um código burguês que apenas reconhece verdadeiros direitos a um número limitado de pessoas. Todas as relações jurídicas são pensadas segundo o modelo de troca comercial, de uma relação entre iguais, economicamente simbolizável pela moeda. Em contrapartida, o século XIX dedicou-se a realizar a igualdade entre os *bons pais de família*, quer dizer, entre os homens adultos e com bens. Eis que esta igualdade é hoje reivindicada para toda a relação social: entre homens e mulheres em primeiro lugar, mas também entre patrões e empregados, entre pais e filhos (1996, p. 149). TOCQUEVILLE (1981, p. 152) adverte que a igualdade coloca os homens ao lado uns dos outros, sem laço que os retenha. Ela coloca-os de modo a não pensarem nos seus semelhantes, uma espécie de virtude pública da indiferença.

Essa incapacidade de exercer a autoridade social normal traduz-se por um aumento da influência da justiça sobre alguns comportamentos que resultam, no entanto, de outros modos de regulação. Exemplo disso é, o juiz de menores em muitos casos, quando os pais são incapazes de exercer a mais pequena autoridade sobre os filhos (1996, p. 154). O direito pela voz do juiz envolve-se num trabalho de nomeação e de explicação das normas sociais que transforma em obrigações positivas aquilo que era ainda ontem da ordem do implícito, do espontâneo, da obrigação social (1996, p. 160).

Em decorrência, o homem torna-se jurista por necessidade: é o preço a pagar pela sua autonomia. A sociedade democrática paga a sua emancipação da norma por uma influência crescente da justiça. Os seus membros libertam-se da obrigação social fazendo-se todos juristas. Hoje em dia, cada cidadão deve ser o seu próprio legislador e antecipar as consequências sociais dos seus atos. O direito invade a moral, a intimidade, o governo de si. A justiça afasta-se profundamente perturbada: enquanto ela se limitava até aqui a distribuir apenas estatutos e honras, bens jurídicos ou econômicos, eis que presentemente deve distribuir igualmente papeis sociais, melhor, deve prover os sujeitos de identidade social. O direito torna-se então a moral por defeito (1996).

5. Julgar apesar de tudo.

A modernidade fez mudar subitamente de escala as questões submetidas à justiça. Essa complexidade do nosso mundo não é somente científica ou técnica, é também administrativa. A tecnoestrutura torna-se um monstro que não se deixa facilmente conhecer. Quando a comunidade científica se deve pronunciar acerca de uma questão ela dá a si mesma o tempo necessário e, por vezes, conclui pela impossibilidade de se pronunciar. O mesmo para o legislador em matéria de bioética. A justiça, diferentemente deles, deve tomar uma decisão. A justiça deve julgar com as informações de que dispõe. Esta obrigação de julgar faz a particularidade do julgamento judicial. Reivindicar, julgar apesar de tudo, é, afinal de contas, uma reivindicação da dignidade do homem (1996).

O juiz apenas pode exercer o seu poder em circunstâncias bem determinadas, como por exemplo, as da audiência e no termo de uma troca de argumentos regrada pelo processo. O seu contato com a realidade é sempre mediatizado pelo direito, pelo processo ou pela moldura ritual da sala de audiências. Não existe julgamento puro, liberto das condições físicas de sua realização. O jurista vista os problemas de direito desembaraçado da sua dimensão humana (1996, p. 177). Dessa forma, a justiça aparece então como uma instituição que, sob a perspectiva de um terceiro neutro, auxilia as partes envolvidas em conflitos de interesses e situações concretas, por meio de uma decisão objetiva, imparcial e, portanto, justa (MAUS, 2000, p. 190).

6. Considerações finais

O deslocamento do eixo da democracia e o ativismo judicial encontram guarida em Garapon (1996, p. 36) e em Dworkin (1999, pp. 09-15) que afirmam que a erupção do ativismo judicial só poderá ser compreendida se relacionada a um movimento profundo, do qual ele é apenas uma das manifestações. Ambos os autores asseveram que não se trata de uma transferência de soberania para o juiz, mas uma transformação da democracia. A grande popularidade dos juízes está diretamente ligada ao fato de que foram confrontados com uma nova expectativa política, da qual se sagraram como heróis, e que encarnaram uma nova maneira de conceber a democracia. O direito tornou-se a nova linguagem por meio do qual é possível formular os pedidos políticos que, desapontados, se voltam, agora, em grande número, para a justiça. Acompanha essa evolução uma representação da justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa (MAUS, 2000, p. 185).

Para Kelsen (2000, p. 217) a função criadora do direito dos tribunais é especificamente manifestada quando a decisão judicial tem o caráter de um precedente, ou seja, quando a decisão judicial cria uma norma geral. Onde os tribunais estão autorizados não apenas em aplicar direito substantivo preexistente nas suas decisões, mas também a criar direito novo para casos concretos, existe uma compreensível tendência de se dar a essas decisões o caráter de precedentes havendo a prática de uma verdadeira teologia constitucional (MAUS, 2000, p. 192). Dentro de tal sistema jurídico, os tribunais são órgãos legislativos exatamente no mesmo sentido em que o órgão é chamado legislativo no sentido mais restrito e comum do termo.

Ocorre desta forma, a politização do direito por via judicial, onde o juiz transformou-se em partícipe da sociedade e defensor da democracia por meio prestação jurisdicional que lhes é dada por via da existência de uma jurisdição constitucional, que passa a provocar transformações políticas, sociais e econômicas na sociedade hodierna abrindo caminho para novas formas de justiça.

Referências

ABEL, Olivier. *Paul Ricoeur*: a promessa e a regra. CHAVES, Joana [Trad.]. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

ARENDT, Hannah. *Juger, sur la philosophie politique de Kant.* Paris: Seuil, 1991.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. KURY, Mário da Gama [Trad.]. 4ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas*: justiça e democracia. ARAGÃO, Francisco [Trad.]. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

KELSEN, Hans**.** *Teoria geral do Direito e do Estado*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MAUS, Ingebord. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. *In: Novos Estudos CEBRAP,* nº 58, nov., 2000.

RICOEUR, Paul. *Leituras 1*: em torno do político.São Paulo: Loyola, 1995.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *De la democratie en Amérique.* Paris: Garnier/Flammarion, 1981.