

**JUSTIÇA vs. DEMOCRACIA:
ENTRE LEGITIMIDADE E EFETIVIDADE**

**JUSTICE vs. DEMOCRACY:
BETWEEN LEGITIMATE AND EFFECTIVE**

**Marcos Antônio da SILVA¹
Diego Nassif da SILVA²**

SUMÁRIO: Introdução; 1 Democracia; 2 Justiça; 3 Efetividade e legitimidade: direito das minorias e desafios democráticos; Conclusão; Referências.

RESUMO: Democracia e legitimidade, de um lado, justiça, cidadania e dignidade da pessoa humana, de outro, travam, no atual estágio histórico-constitucional, um interessante confronto ético-jurídico. Neste contexto, juristas e jusfilósofos se debruçam sobre o papel primordial do Estado Democrático de Direito e de seus agentes políticos, entre os quais os juízes, na hercúlea tarefa de sintetizar, dialeticamente, os elementos que compõem as lutas sociais e políticas do Estado brasileiro. Assim, os debates não devem apenas se dirigir à fundamentação dos direitos, ou seja, aos atributos filosóficos dos direitos até agora conquistados pela humanidade, mas sim à efetivação e à concretização desses direitos já reconhecidos pelos ordenamentos jurídicos. Neste contexto, os referidos agentes políticos do Estado, sobretudo a figura do juiz, invariavelmente, se vêm às voltas com questões de relevante interesse para a comunidade política, aos quais eles devem dar soluções que visem, acima de tudo, à evolução das demandas ético-morais propugnadas pela sociedade, da qual eles, os juízes, também fazem parte, de cuja peça eles também são protagonistas, e cujas respostas, via de regra, são cruciais ao bom desenvolvimento da sociedade. Todavia, tais respostas que os juízes buscam não estão inscritas, positivadas, nos códigos e na letra singela da norma posta, de modo que a solução a ser oferecida, quase sempre, põe em rota de colisão os valores supramencionados: justiça, democracia, cidadania e legitimidade. Neste sentido, o presente estudo tentará explorar algumas nuances e abordar certos aspectos que a justiça e a democracia colocam em debate.

Palavras-chave: democracia, justiça, legitimidade e efetividade.

ABSTRACT: Democracy and legitimacy on the one hand, justice, citizenship and human dignity, on the other, they lock in the current historical-constitutional stage, an interesting ethical and legal confrontation. In this context, lawyers and legal philosophers overlooking the role of the democratic state and its political actors, including judges, the herculean task of synthesizing, dialectically, the elements that make up the social and political struggles of the Brazilian state. Thus, the debate should not only address the merits of the rights, that is, the philosophical attributes of rights so far conquered by mankind, but the execution and the implementation of these rights already recognized by the laws. In this connection, those political agents of the State, especially the figure of the judge, invariably find themselves grappling with issues of significant interest to the political community to which they must provide solutions that aim, above all, the evolution of ethical demands -moral advocated by society, which they, the judges, are also part and whose play they are also actors, and the answers, as a rule, are crucial to the successful development of society. However, such responses that judges seek are not enrolled, positivists, and the letter codes in the simple rule set, so that the solution to be offered almost

¹ Analista Judiciário no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito Internacional e Econômico pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

² Analista Judiciário no Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Especialista em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

always puts on a collision course the above figures: justice, democracy, citizenship and legitimacy. In this sense, this study attempts to explore some details and address all aspects of justice and democracy call into question.

Key-words: democracy, justice, legitimacy and effectiveness.

Introdução

Grandes debates da hermenêutica constitucional hodierna versam, direta ou indiretamente, entre duas formas de posicionamento acerca da legitimidade – das leis ou das decisões judiciais – e da justiça – das leis ou das decisões judiciais. Desse modo, de um lado, existem aqueles que reafirmam a necessidade de respeitar e aplicar as leis democraticamente legitimadas pelo povo; de outro, os que alegam possuir direitos que transpassam a legitimidade democrática das leis, merecendo impor-se por medida de justiça – sobretudo social. Aqueles, então, questionam a legitimidade dos juízes, na verdade, de suas decisões, perante o legislativo e o executivo; estes, por sua vez, questionam a justiça da lei.

Assim, se é verdade que a legitimidade democrática é trave fundamental sobre a qual se eleva a noção de Estado Democrático de Direito, inegável também que todo e qualquer indivíduo e Estado tem entre seus objetivos não praticar injustiças, em suma, ser justo – ainda que de modo peculiar.

Com a noção de dignidade da pessoa humana e a ideia de cidadania enquanto direito a ter direitos, a pauta dos juristas e jusfilósofos passou do reconhecimento dos fundamentos dos direitos para a real efetivação e concretização desses direitos, âmbito no qual os direitos das minorias ganham especial importância em função dos questionamentos que se suscitam em face da proclamada legitimidade democrática da ordem legal estabelecida.

Assim, se a efetivação de direitos é foco das juristas de hoje, é certo que esta efetivação não pode impor-se de qualquer maneira. Daí a cada vez mais comum colisão entre esta efetivação de direitos com o fator político-democrático, a ensejar questionamentos que muitas vezes parecem fugir à talvez mais elementar colisão de princípios que existe: a colisão entre o princípio democrático (como meio) e o princípio de justiça (como fim).

É este, afinal, o objetivo do presente estudo: extrair do choque entre o princípio democrático e o princípio de justiça sua problemática mais elementar, qual seja, segundo a tese que se propõe, o conflito entre duas formas de igualdade (e conseqüentemente, de justiça): a formal, representada pelo respeito ao *due process of law* em que a obediência a um procedimento prévio e imparcial instrumentaliza a obtenção de decisões legítimas, em suma,

porque democráticas (legitimidade pelos meios); e a material, representada pela atenção dada a uma relação de equidade ou iniquidade materialmente aferida em que a constatação da real efetivação do direito legitima a decisão que a veiculou (legitimação pelos fins).

Como deve o cidadão-jurista proceder diante deste conflito é ponto de conseguinte análise e ponto conclusivo do artigo, devendo-se antes, contudo, proceder à análise tanto do princípio democrático, quanto do princípio de justiça, prosseguindo pelos delineamentos que a relação massa-minoria suscita, bem como por teorias de interpretação constitucional que, direta ou indiretamente, versam sobre a matéria. Com isso, crê-se que o proveito será acadêmico e com impacto social à medida que visa transformar a sociedade por meio de práticas e teses mais coerentes com os fins de um Estado Democrático de Direito.

1 Democracia

A democracia é hoje um dos principais valores, senão o maior, das contemporâneas sociedades ocidentais e ocidentalizadas. Sem a previsão de um regime democrático, país algum é visto com bons olhos. Nesse sentido, Bobbio afirmou que *“hoje ‘democracia’ é um termo que tem uma conotação fortemente positiva. Não há regime, mesmo autocrático, que não goste de ser chamado de democrático”*³ (2000, p. 375).

Este, contudo, não é um conceito fácil, apresentando diversas facetas conforme o enfoque que lhe é dado. Democracia, assim, na filosofia política, é classicamente considerada uma forma de governo – ao lado de aristocracia, monarquia, aristocracias, etc. – ou, segundo Maquiavel, uma das espécies da forma de governo republicana (contraposta ao principado). Juridicamente, porém, pode ser tida como a forma de governo segundo a qual a produção do ordenamento jurídico (normogênese) se opera por meio de normas autônomas, ou seja, normas feitas por aqueles aos quais estas mesmas normas hão de se aplicar, distinguindo-se das normas heterônomas, as quais, feitas por sujeitos diferentes daqueles aos quais se aplicam, caracterizam autocracias. Desta forma, nas democracias a liberdade política é (teoricamente) plena, pois o povo só se submete às leis que ele se prescreve, concebendo um poder político ascendente, legitimador da ordem jurídica que se estabelece. Em oposição, as formas de governo autocráticas figuram como impositoras de uma ordem legal sobre a qual os destinatários das leis não têm qualquer poder (BOBBIO, 2000a, p. 106, 138-139).

³ Segundo Comparato, da Declaração Universal de 1948 é possível extrair a *“afirmação da democracia como único regime político compatível com o pleno respeito aos direitos humanos”* (arts. XXI e XXIX, alínea 2),

Já enquanto regime de governo, existem tantas democracias quanto países que se declaram democráticos, existindo vários critérios sob os quais classifica-las. Dentre eles, está aquele que toma o governo quanto ao método de governo, ou seja, o modo pelo qual se dá a tomada de decisões políticas no Estado. Nesta linha, é que Bobbio chamou de ‘uma definição mínima de democracia’ ou *rules of game* o conjunto de regras para a formação de decisões coletivas em um regime democrático, regulando preliminarmente o desenrolar da práxis democrática ou ‘jogo democrático’⁴.

Bobbio (2002, p. 22-25, 30-33) ainda esclarece que “*a democracia como método está sim aberta a todos os possíveis conteúdos, mas é ao mesmo tempo muito exigente ao solicitar o respeito às instituições*”. Ou seja, que estas diretrizes de procedimento (*one man, one vote, due process of law, etc.*) tendem a abarcar qualquer ideologia (conteúdo), desde que respeite o cerne da estrutura política sobre a qual se eleva – as regras do jogo.

É basicamente com essa perspectiva procedimentalista que a democracia foi colocada em prática pelo liberalismo político. Daí também a razão pela qual Kelsen (2001, p. 24) e tantos outros teóricos atrelaram à democracia a ideia de governo de maior liberdade política, pois, como se percebe, é nela que cada indivíduo tem a maior possibilidade de conceber e manifestar livremente sua vontade, influenciando de maneira potencialmente decisiva nas convenções políticas das quais derivam as leis numa república. Neste sentido, Rousseau (1983, p. 37) definiu liberdade como “*a obediência às leis que cada um se determinou*” – numa clara afronta ao poder político autocrático e pessoal que o príncipe exercia.

Liberdade indica um estado, igualdade, uma relação – a qual se estabelece necessariamente entre uma pluralidade de entes e que deve adotar um liame específico entre os mesmos. Desta forma, é necessário dizer quais elementos são iguais e em quê esta

de modo que “*o regime democrático já não é, pois, uma opção política entre muitas outras, mas a única solução legítima para a organização do Estado*” (2004, p. 231).

⁴ “(...) por ‘democracia’ se entende um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo) que consentem a mais ampla e segura participação da maior parte dos cidadãos, em forma direta ou indireta, nas decisões que interessam a toda a coletividade. As regras são, de cima para baixo, as seguintes: a) todos os cidadãos que tenham atingido a maioria, sem distinção de raça, religião, condições econômicas, sexo etc., deve gozar dos direitos políticos, isto é, do direito de exprimir com voto a própria opinião e/ou eleger quem a exprima por ele; b) o voto de todos os cidadãos deve ter peso idêntico isto é, deve valer por um; c) todos os cidadãos que gozam dos direitos políticos devem ser livres de votar segundo a própria opinião, formando o mais livremente possível, isto é, em uma livre concorrência entre grupos políticos organizados, que competem entre si para reunir reivindicações e transformá-las em deliberações coletivas; d) devem ser livres ainda no sentido em que devem ser colocados em condição de terem reais alternativas, isto é, de escolher entre soluções diversas; e) para as deliberações coletivas como para as eleições dos representantes deve valer o princípio da maioria numérica, ainda que se possa estabelecer diversas formas de maioria (relativa, absoluta, qualificada), em determinadas circunstâncias previamente estabelecidas; f) nenhuma decisão tomada pela

igualdade se estabelece. Somente depois de traçado o liame conforme o critério eleito se é possível estabelecer um juízo de valor acerca da relação configurada, podendo esta ser materialmente mantida ou remodelada através de uma regra de justiça.

As mais importantes relações de igualdade que se podem estabelecer numa democracia são as que tangem a aquisição e gozo de direitos políticos. Em Atenas, a ideia de igual liberdade política foi estabelecida legalmente tendo por base um *jus sanguinis*: só era considerado cidadão ateniense o homem maior de 18 anos cujo pai fosse ateniense e cuja mãe fosse filha de pai ateniense. A certo ponto, exigiu-se que os deliberantes se afastassem de qualquer atividade econômica – medida tomada para garantir que não votariam por interesses particulares, mas com vistas à melhor gestão dos interesses da coletividade e da coisa pública.

Previa-se, assim, não apenas uma igualdade formal-legal, mas também uma mínima igualdade material a fim de se garantir a idoneidade e, então, a legitimidade e das votações. Uma atitude realçada na observação feita, séculos depois, por Rousseau:

Quereis dar consciência ao Estado? – aproximai tanto quanto possível os graus extremos, não suportai nem os opulentos nem os mendigos. Estes dois estados, naturalmente inseparáveis, são igualmente funestos ao bem comum – de um saem os fatores da tirania e de outro os tiranos. É sempre entre eles que se faz o tráfico da liberdade pública; um a compra e o outro a vende. (1983, p. 66).

Como se nota, o genebrino via na relativa igualdade material entre os cidadãos um elemento fundamental à democracia, justamente para garantir a legitimidade do ordenamento jurídico resultante, colaborando com a índole e a integridade do próprio corpo político. Este por certo é uma das razões pelas quais democratas liberais negavam a extensão do voto às mulheres, aos jovens, aos escravos e aos operários, uma vez que estes, no mais das vezes, encontravam-se numa relação de dependência social, econômica e ideológica perante seus maridos, pais, senhores e patrões. O resultado desta postura foi a concentração dos bens políticos nas mãos de poucos privilegiados, tornando ainda mais excluídos os que assim já se encontravam política e socialmente, retirando-lhes a chance de fazer valer na prática as liberdades e igualdades que as liberais declarações de direitos haviam lhes conferido.

Os movimentos proletários, porém, fizeram renascer o igualitarismo e a luta pelos direitos sociais e pela extensão dos direitos políticos. Daí merece destaque a observação de Bobbio (1997, p. 39), para quem “*a proposição normativa ‘a igualdade é um bem digno de ser perseguido’ não deriva sub-repticiamente, neste caso, do juízo de fato ‘os homens*

*nasceram ou são por natureza iguais’, mas do juízo de valor ‘a desigualdade é um mal’”*⁵. Ou seja, a desigualdade social do século XIX era certamente um grande mal a ser combatido por um Estado que tomasse a justiça distributiva como instrumento.

Obviamente era preciso garantir certa igualdade material entre todos os homens além daquelas formalmente reconhecidas. Mas, em que grau? Se é verdade que nem mesmo os socialistas utópicos pregavam que todos os homens deviam ser iguais em tudo, também é verdade que os liberais não negavam um mínimo de igualdade dentre os mesmos homens. Assim, se existe uma medida mínima de igualdade (aceita inclusive pelos mais liberais) e que pode e deve ser materializada, são as previstas nas declarações de direitos humanos, que são continuamente revistas à medida que novos critérios de justiça surgem.

Como defende Bobbio (1997, p. 40-43, *passim*), muito embora haja a diversidade de posicionamento entre liberalismo (individualista, conflitualista e pluralista) e igualitarismo (totalizante, harmônica e monista), a mesma não vem a constituir empecilho a uma proposta de síntese teórica e solução prática entre liberdade e igualdade, na medida em que esses valores fundamentais à democracia são, além de não-antinômicos necessariamente, parcialmente complementares, como bem se exige tanto em tese quanto na prática dos governos democráticos. Diante disso, a questão que resta a resolver entre liberdade e igualdade é: se a desigualdade social fomentada pela liberdade individual é um mal, até que ponto a igualdade social cerceadora das liberdades individuais é um bem?

Neste passo torna-se importante conceber a democracia enquanto sistema de governo, ou seja, como um conjunto de normas (princípios e regras) cuja aplicação tende à implantação, transformação ou conservação, em uma dada sociedade, de um regime de governo com vistas a uma forma de governo idealizada. Cuida-se, portanto, de uma seara propriamente jurídica, pois tem por objeto o modelo normativo adequado à consecução prática de um ideal lançado, ou seja, corresponde a um dever-ser.

Sob esta perspectiva, o sistema de governo democrático pode ser visto ou sob o viés estático e abstrato (democracia política formal), idealmente concebido; ou sob ponto de vista dinâmico e concreto (democracia política substancial), qual seja, esse mesmo sistema político, já positivado, visto a partir da produção de seus efeitos no plano fenomênico. Sabe-se,

igualdade, maioria.” (BOBBIO: 2001, p.55).

⁵ De fato, como Bobbio observa (1997, *passim*), tanto Hobbes quanto Rousseau partiram do ‘estado de natureza’ embora tenham chegado a conclusões diferentes: Hobbes concebeu o *homo homini lupos*, Rousseau, o ‘bom selvagem’. Marx, em seu comunismo científico, não parte do estado de natureza, mas chega ao igualitarismo tal qual Rousseau através daquilo que seus olhos viam: a desigualdade entre os homens.

contudo, que esta abordagem não é mais suficiente para vislumbrar toda a problemática que a questão democrática encerra enquanto sistema.

Nesta seara, Michel Foucault concebeu uma nova visão acerca das relações de poder em sociedade, concebendo-o em ebulição, em constante movimento, abstraindo, com isso, importantes conceitos ao aperfeiçoamento da teoria democrática. O autor acusa as teorias da soberania de serem, no fundo, esforços teóricos para ‘dissolver o fato da dominação’ criando de um lado direitos legítimos de soberania e de outro o dever legal de obediência. Sua proposta é fazer sobressair o fato da dominação e o Direito (entendido não só como lei, mas como conjunto de aparelhos, instituições e regulamentos que aplicam o Direito) como seu instrumento. E neste exercício, será categórico em concluir que “*o poder não se dá, não se troca nem se retoma, mas se exerce, só existe em ação*” (2000, *passim*). Ou seja, o poder não se encontra latente no interior do Estado, mas está sim capilarmente distribuído por todo o tecido social através das múltiplas formas de sujeição praticadas cotidianamente, sempre em constante movimento, em eterna ebulição, indo e vindo dentro dos diversos canais de relação estabelecidos entre os sujeitos e aparelhos da sociedade:

Por dominação eu não entendo o fato de uma dominação global de um sobre os outros, ou de um grupo sobre o outro, mas as múltiplas formas de dominação que podem se exercer na sociedade. Portanto, não o rei em sua posição central, mas os súditos em suas relações recíprocas: não a soberania em seu edifício jurídico único, mas as múltiplas sujeições que existem e funcionam no interior do corpo social. (FOUCAULT, 2000, p. 164).

Com base nisso o autor sentenciou: “*nada mudará na sociedade se os mecanismos de poder que funcionam fora, abaixo e ao lado dos aparelhos do Estado a um nível muito mais elementar, cotidiano, não forem modificados*” (2000, p. 149). Assim, as soluções para os problemas sociais não devem ser buscadas só através do Estado ou de seu aperfeiçoamento, mas devem partir principalmente da sociedade civil, pois é nela que se estabelecem as relações de poder que dão sustentação ao edifício jurídico-político-institucional vigente. Bobbio expressa a magnitude deste novo posicionamento:

Hoje, se se deseja apontar um indicador do desenvolvimento democrático, este não pode ser o número de pessoas que têm o direito de votar, mas o número de locais, diferentes locais políticos, nos quais se exerce o direito de voto; sintética mas eficazmente: para dar um juízo sobre o estado de democratização num país, o critério não deve ser mais o de ‘quem’ vota, mas o do ‘onde’ se vota (e fique bem claro que aqui entendo o ‘votar’ como o ato típico e mais comum de participar, mas não pretendo de forma alguma limitar a participação ao voto). (2002, p. 68).

Nestes termos, um sistema democrático tende a ser tão eficiente quanto mais

aperfeiçoadas a prática e a participação democráticas na sociedade civil. Esta nova postura tomada frente às relações de poder se mostra essencial na origem da democracia participativa, destaque na Constituição de 1988, não por acaso apelidada de Constituição Cidadã:

Deste ponto de vista, creio que se deve falar justamente de uma verdadeira reviravolta no desenvolvimento das instituições democrática, reviravolta esta que pode ser sinteticamente resumida na fórmula seguinte: da democratização do Estado à democratização da sociedade. (BOBBIO, 2002, p. 67).

Assim, resta claro que não é mais suficiente falar-se apenas em ‘democracia política’, seja formal ou substancial, sendo imperioso tratar-se também de uma ‘democracia social’, acerca da qual é possível encontrar duas referências distintas: a primeira é esta trazida por Bobbio, no sentido de promover a politização da sociedade civil implantando nela e em suas instituições (família, escola, bairro, empresa, associações etc) a cultura, os aparelhos e as estruturas democráticas para tomada de decisões coletivas, cabendo ao Estado incentivar, amparar e assegurar o mínimo de garantias legais à sua promoção, fomentando a democracia participativa no seu nível mais elementar; a segunda acepção é a que se confunde com a ideia de justiça social, ou seja, com a promoção de ações positivas, inclusivas, em prol da maior igualdade de oportunidades sociais, étnicas, culturais etc. Seria a aplicação material da regra de justiça calcada sobre o compromisso firmado pelo Estado Democrático de Direito brasileiro e pela sociedade de reduzir as desigualdades sociais e regionais, de erradicar a pobreza e a marginalização, e de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Bobbio (2002, p. 68 e 156), assim, certa vez indagou se seria possível a sobrevivência de um Estado democrático numa sociedade não democrática (2002, p. 68 e 156). De maneira genérica, isto leva a questionar se existem pressupostos à democracia – um ponto no qual a atenção com as palavras deve ser redobrada.

Se tomada a ‘democracia’ unicamente como democracia política, como parece fazer Ferreira Filho (1972, p. 37), há que se convir que *“as circunstâncias e a conjuntura evidentemente condicionam o tipo e o grau de democracia que é possível a cada momento”*, não existindo um modelo imutável e universal de regime democrático. Ou seja, assim como qualquer outra forma de governo, a democracia possível em uma dada realidade depende de questões sociais, econômicas, culturais, institucionais, dentre outras, tornando-se, por isso, verdadeiros requisitos, pressupostos ou condições para o seu real implemento.

Os que se colocam opostos a esta opinião tomam a democracia em termos mais amplos, estando dentre eles José Afonso da Silva, que afirma:

Ora, em verdade a tese inverte o problema, transformando, em pressupostos da democracia, situações que se devem ter como parte de seus objetivos: educação, nível de cultura, desenvolvimento, que envolva a melhoria de vida, aperfeiçoamento pessoal, enfim, tudo se amalgama com os direitos sociais, cuja realização cumpre ser garantida pelo regime democrático. Não são pressupostos desta, mas objetivos. Só numa democracia pode o povo exigí-los e alcançá-los.

Finalmente, os que reclamam que a democracia nunca fora realizada em sua pureza em lugar algum concebem-na como um conceito estático, absoluto, como algo que há que instaurar-se de uma vez e assim perdurar para sempre. Não percebem que ela é um processo, e um processo dialético que vai rompendo os contrários, as antíteses, para, a cada etapa da evolução, incorporar conteúdo novo, enriquecendo novos valores. Como tal, ela nunca se realiza inteiramente, pois, como qualquer vetor que aponta valores, a cada nova conquista feita, abrem-se outras perspectivas, descortinam-se novos horizontes ao aperfeiçoamento humano, a serem atingidos. (2000, p. 130-133).

Posta a divergência, ambos as posições parecem estar corretas ao mesmo tempo em que se colocam opostas; e a razão desta ambivalência parece simples: são doutrinas muito mais complementares do que divergentes. E isto fica claro quando C. B. Macpherson, em outro contexto (apatia política), debruçou-se sobre a investigação de meios para impulsionar a democracia participativa, vindo ele a deparar-se com a seguinte verificação:

(...) não podemos conseguir mais participação democrática sem uma mudança prévia da desigualdade social e sua consciência, mas não podemos conseguir as mudanças da desigualdade social e na consciência sem um aumento antes da participação democrática. (1978, p. 103).

Macpherson, de certa forma, atingiu o mesmo paradoxo existente na oposição entre os discursos de Ferreira Filho e José Afonso: o primeiro verifica existirem condições materiais para a democracia e o segundo afirma serem improváveis tais pressupostos sem a prévia existência de uma verdadeira democracia (política e social). Segundo Macpherson, um 'círculo vicioso' no qual não se poderia esperar a mudança em um dos termos sem pressupor a mudança no outro, vindo a concluir:

Desse modo, devemos procurar saídas em outra parte do círculo, isto é, procurar mudanças já visíveis ou em perspectiva [...]. Se verificarmos mudanças que sejam não só já perceptíveis mas que sejam, atribuíveis a forças ou circunstâncias que tenham probabilidade de operar com efeito cumulativo, então podemos ter alguma esperança de uma ruptura. E se as mudanças forem de natureza a incentivar mudanças recíprocas nos demais fatores, tanto melhor. (1978, p. 104).

Os dois requisitos de ordem material apontados pelo canadense (maior igualdade social e consciência política) são, no fundo, uma colocação genérica daquilo que Ferreira Filho pôs como pressupostos da democracia; já o movimento recíproco a ser implementado entre estes pressupostos e a maior participação democrática tem clara correspondência com o processo dialético apontado por José Afonso.

Com isso, a relação entre condições sociais e econômicas mínimas e consciência política como pressuposto para a participação político-democrática ressalta a interdependência entre a democracia social e a democracia política. Uma imagem que reforça a atual ideia de que a democracia envolve necessariamente a participação constante do povo em termos mais amplos do que a simples participação periódica no processo eleitoral.

Conclui-se, pois, que não há que se falar *necessariamente* em pressupostos para a democracia, pois constitui ela, sob seu aspecto histórico-evolutivo, um processo dialético contínuo, equilibrado, entre as ‘democracias’ social e política. A democracia só existe em movimento, o qual só é obtido com a contínua participação política do povo tanto na esfera propriamente política quanto na esfera social, sendo certo que, de maneira ideal, ambos, democracia política e democracia social, devem evoluir conjuntamente, sem grandes disparidades, a fim de que se garanta a solidez e o equilíbrio de seu processo evolutivo.

2 Justiça

No que se refere particularmente às minorias e à implementação dos direitos por elas pleiteadas, a questão da democracia é, não raro, posta em xeque, na medida em que surge a ambiguidade e a dúvida em resolver a equação entre a vontade da maioria, que, a princípio, encerra o axioma democrático por excelência, e o respeito aos e a efetivação dos direitos das minorias. Essa colisão de interesses representa o momento por que passa a atual realidade histórico-constitucional brasileira, isto é: luta-se, a todo custo, de um lado, pela consolidação plena do regime democrático, é dizer, pela reverência à vontade da maioria, e, de outro lado, persegue-se, incessantemente, o implemento dos direitos das minorias.

Ora, de que maneira se estabelece esta relação de equilíbrio no tocante aos interesses da maioria cotejados com os anseios das minorias no contexto do Estado democrático de direito, uma vez que nem sempre as decisões postas e impostas pelas forças hegemônicas espelham a concretização do valor justiça, principalmente frente às minorias?

A questão coloca-se de maneira obviamente retórica: existe algum Estado no mundo que reconheça como finalidade sua a disseminação de iniquidades e a promoção de injustiças de toda ordem sobre sua sociedade; existe governante, por mais autocrático que seja, que pretenda ser reconhecido como injusto? Ora, se a democracia é um dos principais valores das contemporâneas sociedades ocidentais e ocidentalizadas, a justiça, sem dúvida alguma, é o mais presente valor em todas as sociedades da história, marcando, certamente, também

presença na ordem constitucional da esmagadora maioria (senão a totalidade) dos Estados de Direito do mundo. Porém, se o conceito de democracia se mostrou problemático, a noção de justiça mostra-se igualmente tormentosa – senão mais.

Primeiramente, assim, cabe diferenciar a justiça moral, em que a regra de conduta advém da livre adesão da consciência, da justiça jurídica, em que se deve levar em conta a ordem jurídica estabelecida. O Estado Democrático de Direito se inspira neste princípio de justiça, não podendo perder de vista relevância sociológica e axiológica daquela.

Segundo Kelsen, justiça seria a característica possível, ainda que não necessária, de uma determinada ordem social, cuja justiça estaria em regular os comportamentos humanos de modo a que todos, sob ela, encontrem a felicidade. Platão em seu tempo já identificava justiça e felicidade, afirmando que só o justo é feliz (2001, p.2).

Mas se justiça é felicidade, o que é a felicidade? Se tida individualmente, a felicidade de um entrará em confronto com a felicidade do outro e a justiça será impossível, sem contar que nossa felicidade muitas vezes depende de necessidades que nenhuma ordem social pode garantir. Além disso, nenhuma ordem social é capaz de compensar totalmente as ‘injustiças’ do mundo. Mais objetivamente, Bentham chegou a entender justiça como a felicidade do maior número, cabendo, assim, ao legislador estabelecer o que é a felicidade segundo uma hierarquia de valores e bens a serem perseguidos (Kelsen, 2001, p. 02-06).

Ora, todo sistema de valores é um sistema social que varia conforme o meio de onde procede, de forma que mesmo a unanimidade quanto a um sistema de valores não significa que ele seja verdadeiro ou justo de modo absoluto. Em função disso, para afirmar a verdade e a justiça de dada tábua de valores a regular a conduta humana em sociedade com vistas à felicidade, é que se pode analisar as teorias da justiça sob dois tipos básicos: o modelo metafísico e o modelo racional (Kelsen, 2001, p. 07).

Entre os adeptos de modelos metafísicos, está Platão, a minorar a delegar a capacidade do homem à mera sensoriedade, incapaz de ascender plenamente ao mundo das ideias. Com já dito sobre ele, o problema da justiça não é central, mas sim o do bem absoluto – já que o que é justo é o que é bom, o bem. Essa concepção aproxima-se da pregação religiosa, especialmente a de Cristo, que fala que o mal se combate com o bem e que ao ser ferido na face, deve-se oferecer a outra – isso ao mesmo tempo em que fala num Deus vingativo, concebido como amor incondicional. Em suma: no modelo metafísico a crença em algo que escapa às faculdades humanas: tem-se o mistério da fé em oposição a uma justiça

racional (Kelsen, 2001, p. 12-13).

Já o modelo racionalista passou por diversas fases, sofrendo análises que aprofundaram a compreensão racional da justiça. O primeiro modelo racional de justiça, constitui-se naquele que a compreende como “*dar a cada um o que é seu*”, suscitando inevitavelmente a questão: o que é de cada um? Chaïm Perelman (2005, p. 20-28), jusfilósofo belga, traz à tona, por meio de seis acepções, as regras deste viés de justiça, cujos termos, sucintamente, são estes:

a) *A cada qual segundo sua posição social.* Nesta, assume-se uma proporcionalidade de privilégios com a responsabilidade das classes hierarquizadas. É o caso da justiça da República de Platão e das monarquias e aristocracias medievais, podendo, pois, calcar-se em argumentos de ordem racional, costumeira ou religiosa.

b) *A cada qual segundo o que a lei lhe atribui.* Não existindo liberdade para o juiz decidir fora ou além do que a ordem legal determina. Trata-se do modelo exegético surgido com as codificações após as revoluções liberais em que a lei geral e abstrata, enquanto expressão da vontade geral, legitimada pelo povo, reflete a razão perpétua e imutável do homem. Acredita-se que as leis, reunidas sistematicamente em códigos, compilam e regem todos os aspectos da vida do homem. Como se soube logo, nem a lei – e tampouco o homem – tem esta providência, e nem a democracia é algo pronto e acabado.

c) *A cada qual a mesma coisa.* Aí a igualdade é levada às últimas consequências, sem qualquer juízo de proporcionalidade. Tem-se o caso dos regimes políticos que, a rigor da norma, distribuiriam os bens da vida de maneira absolutamente, para não dizer matematicamente, idêntica. Ora, não somos idênticos, pelo contrário, somos todos diferentes.

d) *A cada qual segundo as suas necessidades.* Ou, como pondera Karl Marx (Kelsen, 2011, p. 16-18), de cada qual segundo sua capacidade, e a cada qual segundo suas necessidades. Mas quem determina essa capacidade e esta necessidade? A autoridade política central. Mas com base em quê? Vê-se que, embora seja uma excelente crítica, a fórmula permanece vazia.

e) *A cada qual segundo as suas obras.* Valora-se, no caso, apenas o resultado do proceder humano. É o caso, *e.g.* dos concursos públicos e das competições esportivas, nas quais o cumprimento de metas e objetivos está além da capacidade, da dedicação e das boas intenções de cada indivíduo. Tem-se como principal prática do chamado capitalismo selvagem vigente na selva de pedra, onde só os mais fortes sobrevivem. Tem-se uma regra de pura

retaliação, em que não importa a intenção ou o objetivo, mas o resultado prático. Daí o mal se paga com o mal e o bem com o bem. Mas o que é bem e mal?

f) *A cada qual segundo os seus méritos*. Avalia-se não o resultado em si, mas o processo todo pelo qual se chegou a determinado fim. Deve-se, em tese, levar em consideração aspectos particulares de cada indivíduo em si e em sua relação com o meio e a sociedade. Porém, quais aspectos, quais critérios e quais padrões de medidas devem ser utilizados? Seria humanamente possível compreender todos os aspectos da vida do homem e dizer, de fato, se ele merece isto ou aquilo, e se outro não merece o menos, mais ou o mesmo?

No fundo, esta última fórmula associa-se a uma regra de ouro moral, segundo a qual se deve fazer aos outros o que gostaria que fizessem a você. Disso, porém, o que pode causar o bem ou a felicidade a um, pode não causar a mesma sensação ao outro, caindo-se num subjetivismo sem sentido no qual se perde qualquer sentido de moral ou direito. Fugindo a isso, é que Kant prevê que o comportamento humano só é justo e bom na medida em que o homem age segundo a norma que deseja ver estabelecida como norma obrigatória para todos (justiça como liberdade). E quais seriam? Segundo Kelsen, a resposta não é fornecida pelo imperativo categórico – sujeita também às variantes de tempo e espaço –, pois mesmo este deve reger-se conforme uma lei geral (justiça como ordem). (Kelsen, 2001, p. 19). Mas qual?

Aristóteles, baseado num sistema de vícios e virtudes e temendo pecar pela escassez e pelo excesso, encontrou a justiça como meio-termo (*mesotés*). Daí também a fórmula de tratar os iguais desigualmente os desiguais desigualmente na medida em que se desigalam. Mas qual é este tipo de medida e quem a determina? (Kelsen, 2001, p. 20-21)

Quem a determina, dizem adeptos de correntes metafísicas e racionalistas, é a natureza. Uma natureza, contudo, que não é apreensível pelas faculdades humanas, seja porque produto do imponderável metafísico (*e.g.* Deus) ou porque incalculável. Por isso que a justiça, em absoluto, mostra-se como ideal irracional, e em concreto põe-se como valor relativo, ao lado de todos os demais valores apreensíveis pela razão humana (Kelsen, 2001, p. 21-24). Portanto, ainda na lição de Hans Kelsen:

(...) De fato, não sei e não posso dizer o que seja justiça, a justiça absoluta, esse belo sonho da humanidade. Devo satisfazer-me com uma justiça relativa, e só posso declarar o que significa justiça para mim: uma vez que a ciência é minha profissão e, portanto, a coisa mais importante em minha vida, trata-se daquela justiça sob cuja proteção a ciência pode prosperar e, ao lado dela, a verdade e a sinceridade. É a justiça da liberdade, da paz, da democracia e da tolerância. (2001, p. 25).

Ou seja, a justiça racionalmente apreensível, por ser reconhecidamente relativa, não

precisa ser necessariamente imoral ou amoral, basta que aceite justamente regras e princípios éticos e morais – também relativos, é verdade –, mas que fornecem um conteúdo axiológico que falta à forma. E é por isso que a ciência jurídica, o Direito, vem progredindo, criando e aperfeiçoando técnicas e instrumentos de obter a justiça humanamente possível.

Nesse passo, cada sociedade pode ser conhecida pelo seu ordenamento jurídico, indispensável ao convívio humano, principalmente porque reflete e hierarquiza uma série de bens, interesses, valores que deseja ver respeitados e protegidos. Aí, porém, a questão da justiça depara-se com uma agravante: quem vai dizer quais os bens, interesses e valores que devem prevalecer? Quem vai dizer o que ‘justo’, o que é direito?

O legislador, dirão uns. O juiz, dirão outros. Teorias unitaristas, dualistas e sincréticas marcam um passo além da lei: o surgimento do processo no exercício da função jurisdicional. Esse passo marcará não só separação das funções do juiz e do legislador, mas a distinção entre ter direitos e fazê-los valer – principalmente quando não reconhecidos democraticamente, como frequentemente ocorre com as minorias, ou quando toda a ‘clareza’ da norma não permite iluminar a solução para o caso concreto.

3 Efetividade e legitimidade: direito das minorias e desafios democráticos

Neste ponto do estudo, vem à mente a lição de Bobbio (1992, p.24), consoante o qual, no momento em que vivemos, não mais se discute acerca dos fundamentos dos direitos, cujo fim pode resultar em nenhuma utilidade prática para a vida das pessoas – até porque as normas constitucionais possibilitam vasta gama de interpretações e construções jurídicas, prevendo um extenso arcabouço de direitos já reconhecidos –, mas sim acerca da real efetivação e concretização desses direitos estabelecidos. Em outras palavras, as discussões sobre o fundamento dos direitos, que ocupou a agenda de juristas e jusfilósofos ao longo dos séculos, não é a preocupação fulcral da pós-modernidade. O que está em jogo é a efetivação dos direitos já existentes – entre os quais aqueles direcionados às minorias.

Com o final da Segunda Grande Guerra e o advento dos pós-positivismos, a soberania do legislador – decorrente de uma maioria eventual (povo constituído) – sucumbiu à supremacia da Constituição – originada de uma maioria historicamente qualificada (povo constituinte). Com isto, além de se respeitar as formalidades do processo legislativo, passou a atender aos, cada vez mais numerosos, extensos e específicos, conteúdos constitucionais impostos. Dentre eles, os assim chamados direitos fundamentais, que também representaram um resgate existencialista-jusnaturalista dos direitos naturais (agora direitos humanos).

A superação do Estado de Direito ocorreu pela necessidade de se reconhecer, na norma jurídica, mais que uma dimensão de validade legal-formal, mas também uma dimensão de validade ético-política de legitimidade, de justiça. Assim, contemplando-se a Constituição como pedra-angular que sustenta, informa e rege toda a sistemática de uma ordem normativa que deve se manter una, harmoniosa e íntegra, estruturalmente e eticamente, passou-se de maneira inevitável a problematizar sua eficácia e importância.

Logo, em uma sociedade justa e bem ordenada, as leis não podem comprometer a realização dos direitos fundamentais. Sendo tais direitos trunfos contra a maioria (eventual), não poderia essa maioria, mas um órgão independente e especializado, ter a competência para verificar a existência de ações ou omissões contrárias à Constituição. Por isto, a jurisdição constitucional representa a grande invenção contramajoritária, na medida em que serve de garantia dos direitos fundamentais e da própria democracia.

Como se viu, uma das regras constantes do *Rule of Game* é a oportunidade de uma minoria tornar-se maioria, ou seja, ter condições de veicular-se politicamente e alçar o poder político – e isso (ainda que não na ideia original de Bobbio) não diz respeito apenas ao aspecto populacional-numérico. O advento do Estado Democrático de Direito representou também a adoção, adaptação e aperfeiçoamento dos mecanismos de controle de constitucionalidade, os quais (em boa parte, mas não exclusivamente) foram confiados a uma Corte Constitucional criada para esse mister. No Brasil, tal função foi atribuída ao STF.

Ocorre que, nessa ‘Era dos Direitos’, a relativamente recente, mas intensa e acelerada, expansão e especialização de direitos, havida desde meados do século XX, trouxe também a necessidade de se conferir maior acesso à justiça. Isto decorre, naturalmente, da necessidade de solucionar os cada vez mais numerosos conflitos de interesses juridicamente qualificados, inclusive face ao Estado. Decorrência disto também foi a maior importância dos instrumentos processuais, os quais, aliados a fenômenos decorrentes do aperfeiçoamento da ciência jurídica, como a normatividade dos princípios e os novos métodos hermenêuticos, conferiu maior versatilidade, especificidade, liberdade e força à tutela jurisdicional. Em síntese, o Judiciário ganhou poder ao se passar da politização do Judiciário, decorrente da superação do Estado (impolítico) de Direito, para a constitucionalização da política.

Assim, sobretudo nas sociedades pós-modernas, em que o pluralismo, a heterogeneidade e a fragmentariedade lhes são os atributos fundamentais, o acolhimento puro e simples das deliberações majoritárias entra em crise, eis que não satisfaz, com eficácia, as exigências sociais e políticas dos grupos ou comunidades de que é composto o todo social.

Vale dizer, a transformação das sociedades de massa para as sociedades civis, plurais e heterogêneas, requer a participação qualitativa dos atores sociais na tomada das decisões acerca da criação, manutenção e defesa dos novos direitos das minorias. Em outras palavras, a maioria não se deve arvorar, a partir de agora, como tutor dos interesses das minorias, cabendo ao Estado democrático de direito e à constituição do pluralismo a obrigação ética e jurídica de viabilizar a participação democrática e a efetivação dos direitos das minorias.

Assim, o caráter normativo da Constituição transforma-se no parâmetro ético da realização concreta da justiça, o que significa dizer que, sendo os textos constitucionais a interface entre o direito e a ética, a ambição humana de se fazer justiça tornou-se, *pari passu*, tangível, uma vez que valores realçados servem de moldura ao intérprete e ao aplicador do direito no ato de promover a justiça no plano concreto, no plano da fractal e plural realidade pós-moderna. Desse modo, o modelo de justiça adotado se faz pelo constante trabalho de interpretação, reinterpretação das constituições, extraindo-lhe o conteúdo axiológico, a fim de proporcionar um elevado teor do justo às relações jurídicas.

Com efeito, o padrão de maior amplitude e magnitude ética na incessante e incansável busca pela justiça, hodiernamente, é, deveras, a efetivação dos valores constitucionais. Enfim, a constituição é o ponto de tangência entre o Direito e a Justiça, porquanto representa os anseios e os valores de dada comunidade política, em constante processo de interpretação e reinterpretação das normas que a compõem. Processo este, porém, que necessita de instrumentos, técnicas, padrões mais ou menos estabelecidos, sob pena de se sair do hermetismo legal do legislador da democracia liberal para cair nos arbítrios de verdadeiros justiceiros que valem da ductilidade do direito⁶ e da tessitura aberta das normas.

Ora, pelo fato da própria autonomia relativa entre língua e sociedade e/ou cultura, o jurista não mais consegue mais afastar a criação e a interpretação do Direito da sua aplicação⁷. De fato, hoje é inegável a importância do intérprete constitucional porque não só incumbido de declarar o direito, mas também envolvido no processo de criação do *constructo* cultural

⁶ Vide: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta, 2. ed., 1997.

⁷ Eis a lição de Eros Grau: “O fato é que praticamos sua interpretação não – ou não apenas – porque a linguagem jurídica seja ambígua e imprecisa, mas porque interpretação e aplicação do direito são uma só operação, de modo que interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar (=compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (=interpretamos) os fatos” (GRAU, 2003a, p. 40). “Isso, contudo – note-se bem –, não significa que o intérprete, literalmente, crie a norma. Dizendo-o de modo diverso: o intérprete não é um criador *ex nihilo*, ele produz a norma – não, porém, no sentido de fabricá-la, mas no sentido de reproduzi-la” (GRAU, 2003, p. 80-81). “(...) a interpretação do direito não é uma atividade de conhecimento, mas sim construtiva, portanto decisional, embora não discricionária, (...)” (GRAU, 2003, p. 62).

que é o universo jurídico⁸. O seu proceder, em razão disso, tem sido objeto de muitos e variados estudos, havendo aqueles que se colocam favoravelmente a uma postura mais ‘ativa’ dos juízes no reconhecimento e efetivação dos direitos, inclusive por meio de sua intervenção em políticas públicas (*judicial review*), e os que depositam maior confiança no funcionamento do processo democrático. Sobre isso, aliás, Eduardo Appio, critica:

As teorias que buscam justificar a intervenção judicial assumem como seu principal objetivo discutir a legitimidade política, e não a justiça das decisões. (...). Aceitar a legitimidade nos permite descartar a justiça ou, alternativamente, somente protegendo valores essenciais para a moralidade pública é possível aceitar o resultado das decisões tomadas por juízes não-eleitos pela população? (2008, p. 271).

Versando sobre o tema com base em estudos e precedentes estadunidenses, Appio destaca duas correntes de pensamento hermenêutico:

Os procedimentalistas aceitam que, como regra geral, os juízes devem assegurar que as minorias tenham acesso efetivo à participação no jogo democrático. Os juízes exercem uma função de representação e reforço das estruturas da democracia e somente intervêm de forma ativa, para garantir o funcionamento dessas estruturas constitucionais. (...).

Já para os substancialistas o papel central dos juízes em uma democracia é proteger os valores constitucionalmente representados pelos direitos fundamentais, nem que para tanto tenham de interferir em questões tradicionalmente afetadas aos ramos políticos do governo. O autor ainda esclarece que o valor mais importante para os procedimentalistas é a democracia, enquanto para os substancialistas, são os direitos fundamentais. (2008, p. 315-316, *passim*)

Portanto, ao passo que “*O procedimentalismo apela para o instinto democrático dos cidadãos, buscando demonstrar que os seres humanos são atavicamente propensos a excluir as minorias do processo democrático*”, o substancialismo “*mira nos resultados, sugerindo a reforma das instituições políticas e de suas decisões sempre que os resultados do processo democrático se mostrarem injustos*”. (APPIO, 2008, p. 316)

A Constituição, enquanto instrumento, reflexo e projeto de uma sociedade, revela um sentimento compartilhado, uma identidade e uma história comuns além de um compromisso com certos ideais: “*Eu sou acolhido por um grupo, me identifico com ele, compartilho valores com este grupo e luto por estes valores*”. Conforme Walzer e Taylor, a ideia de cidadania ativa define e interpreta o conteúdo dos direitos fundamentais. As liberdades

⁸ Transcreva-se, por oportuno, a lição de Gustavo Zagrebelsky: “(...) já não é da constituição de onde se pode olhar a realidade, senão que é da realidade de onde se deve olhar a constituição”. De onde conclui: “A legitimidade da constituição então não depende da legitimidade de quem a fez e falou por meio dela, senão da capacidade de oferecer respostas adequadas ao nosso tempo ou, mais precisamente, da capacidade da

positivas, que permitem a cidadania ativa, atribuem à autonomia pública a tarefa de configurar e interpretar a Constituição, na qualidade de projeto que traduz a vontade coletiva. Instigadora a divergência entre o pensamento de Ackerman, que reputa à Constituição, enquanto um ato profundo de autodeterminação *política*, e os direitos fundamentais do cidadão não como direitos substanciais, mas sim procedimentais, e o de Rawls e de Dworkin, segundo os quais os direitos básicos possuem conteúdo substancial.

É procedimental porque todos os indivíduos detêm o direito básico de participar do processo político-deliberativo, por meio do qual determinam o conteúdo substantivo dos demais direitos fundamentais, da mesma forma como definem os seus destinatários primordiais: *o primeiro, e mais fundamental, é o direito de cada indivíduo ao reconhecimento dialógico como um cidadão em uma conversação política em desenvolvimento* (CITTADINO, 2009, p. 163). Portanto, é o diálogo social que define o conteúdo substantivo dos direitos fundamentais, entre eles a igualdade. Essa posição de Ackerman vai de encontro à teoria contratualista atual na qual diálogo é o laço central que a todos une: os direitos só adquirem realidade após as pessoas se confrontarem com o fato da escassez e começarem a argumentar acerca de suas consequências normativas. Para Ackerman, o equívoco dos contratualistas é impor a existência de individualidades que atuam, em um espaço prévio, como seres independentes, uma abstração filosófica. Na verdade, com Walzer e Taylor, Ackerman defende a ideia de que a identidade individual não é constituída senão por referência à comunidade social na qual a pessoa se insere.

As comunidades políticas, invariavelmente, promovem ações coletivas de mobilização popular, que podem renovar ou redefinir-lhes a identidade política. A criação ou a alteração constitucionais é sintoma desses movimentos, porquanto *a Constituição se configura em poderoso símbolo político de identidade nacional, e não apenas em fetiche legalista* (CITTADINO, 2009, p. 165). Alexander Hamilton, citado por Eduardo Appio (2009, p. 03), resume perfeitamente o pensamento ora esposado: *a vontade legítima de um povo está sintetizada na constituição e as vontades transitórias, nas legislaturas*.

Ackerman, democrata, considera ilimitado o influxo das forças revolucionárias oriundas dessa autonomia pública do povo. Ele inverte a lógica propugnada por Rawls e Dworkin, pelo fato de afirmar que *a Constituição dualista é, em primeiro lugar, democrática; e, em segundo lugar, protetora de direitos. Rawls e Dworkin postulam que a Constituição, a*

ciência constitucional de buscar e encontrar essas respostas na constituição. Em resumo: a constituição não diz, somos nós que a fazemos dizer. (...)”. (ZAGREBELSKY: 1996, p. 87).

priori, tutela direitos; após assegurá-los, autoriza, a posteriori, o povo a exercer sua vontade sobre outras questões (CITTADINO, 2009, p. 168). Para Ackerman, é o povo a fonte dos direitos; e a constituição não soletira os direitos que o povo deve aceitar.

Ora, parece que já nos deparamos com situação semelhante ao tratarmos da democracia: uns alegavam que não seria possível participação democrática sem consciência política e direitos sociais mínimos; outros, que estes aspectos eram na verdade os fins do processo democrático e não seus pressupostos. O destaque é que aqui também as respostas se mostram convergentes, posto que se as minorias estão propensas à exclusão do processo democrático (procedimentalismo) é porque este processo democrático muitas vezes não produz decisões políticas justas para estas minorias (substancialismo), afastando-as do processo democrático e, novamente, de decisões políticas mais justas. A injustiça do processo induz à injustiça dos resultados, os quais refletem novamente no processo.

Assim, o exercício do papel contramajoritário do judiciário, salvaguardando direitos fundamentais e o próprio direito à diferença das minorias, não se põe de maneira antidemocrática, posto que a democracia, compreendida para além de mero método de governo, exige que não se suporte nem os opulentos e nem os mendigos, ou seja, requer a real efetivação dos direitos fundamentais, estes sim pressupostos da dignidade da pessoa humana e, portanto, do exercício pleno da cidadania. Portanto, se a democracia como método (processo formal) tende a abarcar qualquer ideologia (conteúdo), desde que respeite o cerne da estrutura política sobre a qual se eleva – as próprias regras do jogo – a democracia enquanto único regime político compatível com o pleno respeito aos direitos humanos (processo substancial) não admite outra finalidade que não a realização desses direitos.

Acrescente-se que, hoje, tanto a democracia pode ser observada enquanto democracia política e democracia social, como a justiça vista segundo critérios formais de igual tratamento e substanciais de materialização de direitos. Tal como a democracia é considerada uma forma justa de deliberar politicamente, a justiça tende a surgir como resultado efetivo do ordenamento jurídico democraticamente legitimado.

A percepção deste processo estabelecido entre democracia política e justiça social, contudo, não confere, por si, a solução para situações que coloquem tanto o princípio democrático como o princípio de justiça frente a frente. Isso porque, ao final, o que se discute não é simplesmente a relação necessária entre justiça social e democracia, mas a relação estabelecida entre a legitimidade da justiça social obtida por meio da atividade jurisdicional e a efetividade da democracia como meio de obtenção de justiça social através da atividade

política. Ou seja, versa-se sobre a legitimidade de soluções não obtidas necessariamente por meio da democracia e a efetividade das soluções obtidas democraticamente. É sobre este núcleo essencial que paira o direito das minorias – até porque falar-se em justiça das decisões judiciais e legitimidade das decisões políticas já é algo debatido há milênios.

Embora não se tenha alcançado uma resposta definitiva – muito pelo contrário, os debates no Brasil são intensos –, cumpre dar destaque a uma importante e atual discussão que se trava acerca das minorias ‘raciais’ no país, mais especificamente sobre a lei de cotas para negros nas universidades. Embora circunscrita, pode-se extrair da problemática alguns parâmetros também importantes a fim de formular algumas conclusões.

Destaque-se, a princípio, que a inclusão social pode ser feita pela garantia de direitos mínimos (*e.g.* saúde, educação, alimentação etc.) a toda população, sem distinções, ou por medidas de discriminação positiva de minorias, no intuito de compensar e de reverter desvantagens criadas ou agravadas pela sociedade. Ou seja, existe um tratamento legal favorecido em função de uma situação social de desigualdade, de um estigma construído pela sociedade na qual o indivíduo desviante está inserido.

A discriminação positiva, em oposição à discriminação (negativa), é apenas uma parte do rol de medidas englobadas pela noção de ações afirmativas, que pode englobar desde simples manifestações de auto-afirmação (*e.g.* parada do orgulho gay), até mesmo a ações de desobediência civil (*e.g.* deixar de fazer algo determinado em lei por motivo de crença, culto ou religião). A discriminação positiva por parte do ente estatal, em regra, se faz por meio de políticas públicas específicas, tais como cotas em empresas e universidades, reserva de vagas de garagem, isenções fiscais, dentre diversas outras previstas.

Contudo, observe-se que uma atitude é abrir as portas da sociedade para todas as pessoas, de maneira universal (igual consideração e respeito – *e.g.* igualdade de tratamento sem distinção de qualquer natureza etnia, cor de pele, gênero, sexualidade, adaptação de ambientes e métodos, etc.); outra é utilizar mecanismos que favoreçam a transposição dessas portas para certos grupos (igualdade de oportunidades – *e.g.* cotas, etc.).

O problema é que se existe um favorecimento em prol de determinado grupo social põe-se em questão a justiça desta distinção. E como já visto, na busca por justiça, a criação/interpretação/aplicação do Direito, enquanto processo construtivo, não dispensa a relação imediata com o caso concreto.

Assim sendo, o sistema de cotas para negros nas universidades, por exemplo, deve

sim ser visto como uma das medidas afirmativas para corrigir estas distorções, a exemplo de outras que já estão sendo tomadas em favor de diversos segmentos sociais. Logicamente, esse sistema de cotas não deve ser adotado pura e simplesmente sem adaptação à realidade brasileira, com suas nuances e particularidades – a miscigenação, no caso da cota para negros no ensino superior, que, em razão disso, torna o processo de efetivação do sistema de cotas, no Brasil, exponencialmente mais complexo, se comparado aos Estados Unidos.

Portanto, não basta que uma lei, por mais democraticamente gerada que seja, estipule um dado dever ser. Se as condições sociais fugirem de tal modo a impedir que tal lei tenha efeitos concretos, esta lei não só não efetivará direitos como pode fazer pior: impactar negativamente sobre a sociedade, causando inclusive injustiças. Daí que, reconhecendo que a legitimidade democrática é apenas um dos fatores a serem considerados na solução de conflitos, especialmente que envolvam o direito das minorias, é que se estabeleceu um *judicial review* neste caso das quotas raciais nas universidades através da Ação de Descumprimento Fundamental nº 186.

Neste aspecto, um dos trunfos de Appio é que ele retoma a justiça das decisões judiciais como fundamento de legitimidade, fugindo, pois, ao mero questionamento da legitimidade democrática dos juízes como membros do judiciário em face da representação democrática dos membros do executivo e legislativo. Contudo, nesse passo é importante acrescentar que a justiça não se coloca como único fundamento de legitimidade das decisões judiciais (nem do processo político, diga-se), sendo igualmente importante a legitimação pelo processo judicial, o qual deve se espelhar cada vez mais no paradigma democrático – dos quais são exemplos o *amicus curiae*, a justiça restaurativa, os métodos consensuais de solução de conflitos, os meios alternativos de acesso à justiça, etc.

Sob este prisma é que se percebe que no berço teórico das atuais ações afirmativas, os Estados Unidos estão no seio do ativismo judicial não só por uma questão de justiça, mas um procedimento lógico-argumentativo rigoroso que aprofunda de sobremaneira as razões do direito e, com isso, as razões de decidir (*ratio decidendi*) desta ou de outra forma. Assim, a autoridade da atividade jurisdicional não se resume à legitimidade dos membros do judiciário, nem mesmo à mera ‘aferição’ da justiça produzida em suas decisões, mas se expande principalmente para a autoridade (entenda-se respeitabilidade) das razões de decidir que embasam a decisão judicial.

Segundo escreve Marinoni, ao dispor sobre os precedentes obrigatórios, o direito ao processo justo é satisfeito com a satisfação dos direitos fundamentais de natureza processual

(contraditório, afetividade, etc.); mas isso, embora necessário, não é suficiente para o direito à decisão racional e justa prescinde-se da legitimação pelo conteúdo da decisão, que dá legitimidade à própria jurisdição e cuja racionalidade – destaque-se – está ancorada no sistema, e não apenas no discurso do juiz que a proferiu (2010, p. 145-146)⁹.

A decisão judicial, assim, não pode ser considerada antidemocrática porque contramajoritária, porém pode-se por como autoritária e, portanto, antidemocrática, quando não se vale de razões que se mostrem minimamente respeitáveis em sociedade – quer por razões de argumentação jurídica, quer por razões de ética política. Não que a decisão judicial deva ser uma decisão política, mas a jurisdição deve ser politizada, ou seja, concebida dentro de um status político constitucional – como é elementar na própria noção de estado democrático de direito –, devendo, ser coisa pública posta (*a posteriori*) à prova da sociedade.

Inúmeras técnicas, teses e teorias existem, porém, nenhuma delas é absoluta. Nada obstante, no âmbito nacional, acerca das ações afirmativas a favor de minorias, merece destaque a obra de Kaufmann, a qual versa inclusive sobre as quotas raciais nas universidades brasileiras – política pública, como dito, submetida ao exercício do *judicial review*. A autora tem suas conclusões baseadas nas lições de Bandeira de Mello sobre o princípio da igualdade:

(...) por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu a fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preconceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimosas para os atingidos (MELLO, 2002, p. 18).

Disso, também pondera o autor:

Se o tratamento diverso outorgado a uns for justificável, por existir ‘correlação lógica’ entre o fator de *discrimen* tomado em conta e o regramento que lhe deu, a norma ou a conduta são compatíveis com o princípio da igualdade; se pelo contrário, inexistir esta relação de congruência lógica ou - o que ainda seria mais flagrante – se nem ao menos houvesse um fator de *discrimen* identificável, a norma ou a conduta seriam incompatíveis com o princípio da igualdade” (MELLO, 1993, p. 81 e 82).

Nesse sentido, por meio do princípio da proporcionalidade, Kaufmann conclui, com base no estudo das raízes raciais brasileiras e estadunidenses, que “a criação de medidas positivas em que a cor seja o único fator levado em consideração não parece ter a eficácia

⁹ O autor ainda acrescenta, entre outras preciosas ponderações, que se deve ter igualdade no processo (paridade de armas entre litigantes), igualdade ao processo (igualdade no acesso à justiça por meios de procedimentos e técnicas adequados e inclusivos) e igualdade perante as decisões judiciais. (MARINONI, 2010, p. 142-145).

desejada para combater a raiz dos problemas”, sugerindo que “seria mais condizente com os ideias de justiça e de igualdade no Brasil a realização de uma política afirmativa em que a cor e a classe social fossem consideradas em conjunto” (2007, p. 295).

Ora, como foi dito acerca da justiça, é humanamente impossível ponderar sobre todos os critérios de *discrímen* existentes em dada relação de igualdade. Daí que o reconhecimento de que a composição de diversos critérios de *discrímen*, embora não seja por si sinônimo de justiça, claramente constitui um avanço a uma justiça humanamente possível.

E mesmo que a ponderação e utilização das diversas técnicas de interpretação e argumentação não permitam oferecer uma decisão absolutamente certa, justa e inquestionável sobre qualquer questão, sem dúvida o progresso da ciência jurídica aponta para discursos, técnicas e instrumentos cada vez mais capazes e adequados a legitimar decisões políticas e judiciais bem como a produzir resultados mais justos na medida em que fundamentados na razão lógico-argumentativa e sujeitos à apreciação/participação cada vez mais democrática, tanto no seu interim procedimental, quando na aferição de seus resultados sociais práticos.

Conclusão

Acredita-se que o objetivo do presente estudo foi alcançado, qual seja: extrair do choque entre o princípio democrático e o princípio de justiça sua problemática mais elementar, qual seja, segundo a tese que se propõe, o conflito entre duas formas de igualdade (e consequentemente, de justiça): a formal, representada pelo respeito ao *due process of law* em que a obediência a um procedimento prévio e imparcial instrumentaliza a obtenção de decisões legítimas, em suma, porque democráticas (legitimidade pelos meios); e a material, representada pela atenção dada uma relação de equidade ou iniquidade materialmente aferida em que a constatação da real efetivação do direito legitima a decisão que a veiculou (legitimação pelos fins).

De fato, tanto a igualdade de formas, representado pelo princípio democrático, quanto a igualdade de fato, marcada pela busca da justiça, revelaram uma relação visceral, de fins e meios e de *feedback*, não sendo possível conceber justiça sem democracia e nem democracia sem justiça.

O choque, portanto, entre democracia e justiça só é real se observado de maneira compartimentada, estanque – algo que, embora possa ser realizado com fins científicos, não pode sustentar as práticas de Estado e sociedade. Democracia não é só um método estático de proceder para obter decisões políticas sem derramamento de sangue. Democracia é, na sua

dinâmica, um sistema em permanente interação com o meio, que alimenta e do qual se alimenta. Justiça também não é pura moral a satisfazer o ego do público. Justiça, a rigor o valor último de toda ordem social e ação humana, não se permite revelar ao ser humano sem práticas coerentes à realização de todos os valores que lhe são caros – práticas essas que são, em verdade, o reconhecimento do outro (a minoria, em geral) enquanto ser digno de justiça.

Se não nascemos livres e iguais não há dúvida de que livres e iguais desejamos ser. Em que medida? Justiça e democracia são as estruturas culturais fundamentais nas quais espelhamos nossos valores e desejos mais profundos em busca dessa medida. Outros instrumentos surgem deles à medida que nossas dúvidas e questionamentos se aprofundam, sempre a desvendar uma nova faceta da vida, do ser humano.

Justiça e democracia: fins e meios que nos levam a ponderar sobre a lição de Bobbio (2001, p. 88), para quem os fins só justificam os meios quando os meios não correspondem os fins. Não se pode, portanto, pretender obter justiça e democracia por meio de práticas sabidamente injustas e antidemocráticas. Tanto o direito, quanto a democracia e a justiça são constructos culturais que só existem em ação, dependem da sua prática cotidiana sempre exigir mais dedicação e afinco. Essa prática talvez não nos leve à perfeição, mas certamente nos permitirá transformar o mundo em um lugar cada vez mais livre, mais justo e mais solidário.

Referências

AMARAL, Sérgio Tibiriçá; TREVIZAN, Ana Flávia. *Diferenciação entre minorias e grupos vulneráveis*. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2319/1814>. Acesso em: 15.09.2011.

APPIO, Eduardo. *Ativismo judicial só é admissível para as minorias*. Disponível em: <http://conjur.com.br/2009-mai-21/ativismo-judiciario-admissivel-tutela-direitos-minorias?pagina=3>. Acesso em: 12.09.2011.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. In: Revista Jurídica da Presidência, vol. 12, n. 96. Brasília, fev./maio 2010.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apres. Celso Lafer. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *A Era dos Direitos*. 13 tir. Carlos Nelson Coutinho (Trad.). Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Trad. De Alfredo Fait. 4ª. Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

_____. *Direta e esquerda: razões e significados de uma distinção política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995.

_____. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 8. ed. Marco Aurélio Nogueira (Trad). São Paulo: Paz e Terra, 2000a.

_____. *Igualdade e liberdade*. 3. ed. Nelson Coutinho (Trad). Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

_____. *O futuro da democracia*. 8. ed. rev. ampl. Marco Aurélio Nogueira (Trad). São Paulo: Paz e Terra, 2002.

_____. *Qual socialismo?: debate sobre uma alternativa*. 4. ed. Iza de Salles Freaza (Trad). Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001.

_____. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Michelangelo Bovero (Org.); Daniela Beccarccia Versiani (Trad). 5. tir. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20ª. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

CHAUÍ, Marilena. *A invenção democrática*. In: Claude Lefort. São Paulo: Brasiliense, 1983.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. rev. ampl. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2004.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FERREIRA FILHO. *A Democracia Possível*. São Paulo: Saraiva, 1972.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 15. ed. Roberto Machado (Org.). Rio de Janeiro: Graal, 2000.

KELSEN, Hans. *O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Trad. Luís Carlos Borges. 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MACPHERSON, Crawford Brough. *A democracia liberal: origens e evolução*. Tradução Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. atual. 10 tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. *Princípio da Isonomia: Desequiparações proibidas e desequiparações permitidas*. In Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, nº 1, p. 79-83, 1993.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Rev. da Tradução: Eduardo Brandão. 2ª. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Justiça e Direito).

PLATÃO. *A República*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Rousseau: vida e obra*. Lourdes Santos Machado (Trad). Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17. ed. Ver. Atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta, 2. ed., 1997.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Miguel Carbonell (Trad.). Torino: Minima Trotta, 1996.