AÇÕES AFIRMATIVAS, JUSTIÇA E DEMOCRACIA: EM BUSCA DA LEGITIMIDADE E DA EFETIVIDADE CONSTITUCIONAIS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE IGUALDADE SUBSTANCIAL

AFFIRMATIVE ACTION, JUSTICE AND DEMOCRACY: IN SEARCH OF CONSTITUTIONAL LEGITIMATE AND EFFECTIVENESS OF PUBLIC POLICY OF SUBSTANTIAL EQUAL

Marcos Antônio da SILVA[1]

SUMÁRIO: Introdução; 1 Democracia, pluralismo e minorias; 2 Justiça e desafios democráticos em face das minorias; Conclusão; Referências.

Resumo: A abordagem do presente artigo concentra-se na argumentação segundo a qual a efetivação dos direitos fundamentais das minorias, por meio da implementação das políticas públicas das ações afirmativas, não viola os princípios democráticos, na medida em que elas servem ao ideal de equilíbrio entre o governo da maioria e a participação minoritária no ambiente democrático. Em outras palavras, a legitimação e a legitimidade democráticas das discriminações positivas se coaduna perfeitamente com os ditames democráticos insculpidos na Constituição Federal de 1988. Neste sentido, o desenvolvimento das reflexões levadas a efeito no presente texto escora-se nos ensinamentos doutrinários mais recentes, tanto dos autores brasileiros quanto dos alienígenas, de maneira que a implementação das ações afirmativas, principalmente em sede de jurisdição constitucional, revelando uma presença marcante do ativismo judicial, tem amparo não só em fundamentos jurídico-dogmáticos, mas também em ponderações de ordem filosófica, sociológica e política. Neste sentido, a discussão abrangendo a promoção da igualdade substancial revela, acima de tudo, uma forte conotação multidisciplinar e eclética, o que, em última análise, demonstra o alto teor de complexidade que o assunto encerra.

Palavras-chave: Ações afirmativas; Justiça; Democracia; Igualdade substancial.

Abstract: The approach of this paper focuses on the argument that the enforcement of fundamental rights of minorities, through the implementation of public policies of affirmative action does not violate democratic principles, insofar as they serve the ideal of balance between majority rule and minority participation in the democratic environment. In other words, the democratic legitimacy and the legitimacy of positive discrimination in line with the dictates perfectly sculptured in the democratic Constitution of 1988. In this sense, the development of discussions carried out in this anchor text is the latest doctrinal teachings of both the Brazilian and author of the aliens, so that the implementation of affirmative action, especially in the seat of constitutional jurisdiction, revealing a strong presence of judicial activism, has support not only in legal-dogmatic grounds, but also on considerations of the

[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).

philosophical, sociological and political. In this sense, the discussion covering the promotion of substantive equality reveals, above all, a strong connotation multidisciplinary and eclectic, which ultimately demonstrates the high level of complexity that ends the matter.

Keywords: Affirmative action; Justice; Democracy; Substantial Equality.

Introdução

Políticas públicas que favoreçam os interesses das minorias e dos grupos vulneráveis, invariavelmente, induzem objeções de ordem democrática, isto é, a aplicação prática de políticas públicas de ações afirmativas esbarra em questionamentos que, para sua legitimidade, buscam respostas na índole democrática de seus fundamentos.

Nesta perspectiva, à medida que as reivindicações das minorias são reconhecidas e atendidas, não raro, ocorre uma forte tensão em face dos interesses das maiorias, fazendo vir a lume o pensamento de Norberto Bobbio, segundo o qual o reconhecimento de novos direitos pressupõe a revogação de velhos direitos (2004, p. 40). Nesta direção também, salienta Michel Rosenfeld (*Apud* STF, 2012, p. 08) que *[...] a adoção de um novo princípio de justiça distributiva possivelmente criará conflitos entre reivindicações baseadas nos velhos e nos novos princípios*.

Portanto, é crucial a elucidação de alguns aspectos inerentes ao conflito entre a legitimidade democrática e a efetividade de direitos reconhecidos em benefícios das minorias, o que será objeto desta parte do estudo.

1 Democracia, pluralismo e minorias

Invariavelmente, a efetivação do valor justiça esbarra no que, atualmente, se acostumou a denominar de déficit democrático, na medida em que a defesa das minorias, por meio das ações afirmativas, em sede processual, muito embora sejam observados os princípios da ampla defesa e do contraditório, aparentemente, carecem de legitimidade, mormente pelo fato de os juízes não se submeterem ao crivo de uma eleição democraticamente sufragada.

Ademais, Paulo Otero (2010, p. 57 e 58), ao refletir sobre o tema, sintetiza o problema da legitimidade democrática e da defesa das minorias, aqui podendo ser entendida pela vertente do princípio do pluralismo, sob dois prismas filosóficos que estabelece um limite conceitual à discussão ora proposta:

> III. A articulação entre o pluralismo e o princípio democrático, excluindo por natureza a existência de uma única fonte ou de uma forma singular de expressão da vontade da colectividade, antes procurando encontrar vias plurais de expressão da vontade política legitimadora da própria democracia, conduz a dois distintos modelos: (A) Pode-se tratar de um modelo de democracia fundado na vontade orgânica da maioria do povo, apurada através de processos formais previstos nas normas do texto constitucional, tal como sucede com o sufrágio universal e o referendo (artigo 10.º, n.º I[2]), segundo a tradição oriunda do constitucionalismo de matriz liberal, típica de um positivismo-legalista de raiz rousseauniano; (B) Ou, em sentido diferente, pode dizer respeito a um modelo de democracia baseado na vontade inorgânica da nação, reconduzida à ideia de "identidade cultural comum" do povo português (artigo 78.º, n.º 2, alínea c[3]), sendo dotada de uma materialidade decisória fundada na vontade inorgânica da colectividade, tal como se encontra subjacente ao pensamento da escola histórica do Direito e que tem na sua base uma raiz hegeliana.

O primeiro modelo revela-se matemático, aritmético, fechado, peremptório, formal e rigoroso, somente se baseando no aspecto numérico das relações políticas, ao passo que o segundo se mostra mais fragmentário, diluído, difuso e profundo, tendo uma forte relação com a realidade viva e com os apelos das minorias sub-representadas. Entretato, são dois paradigmas democráticos que devem conviver lado a lado, pois representam o verso e o anverso da mesma moeda:

> Trata-se, importa sublinhar, de dois modelos de democracia, enquato formas de expressão da vontade política da colectividade, que, tendo forçosamente de conviver em sociedades plurais e democráticas, se mostram passíveis, todavia, de gerar conflitos e tensões sobre os respectivos espaços de operatividade: cada uma desses modelos – um fundado numa soma (: povo) e outro numa abstracção (: nação) – reivindica espaços concorrentes de decisão, verificando-se que o modelo democrático baseado na vontade orgânica da maioria, abrandando a sua vocação plural, reclama mesmo um exclusivismo decisório que passa até, por vezes, pela negação da relevância operativa ao modelo de democracia fundado na vontade inorgânica da nação. Esta conflitualidade entre modelos de democracia, sem nunca deixar de ter de ser esquadrada à luz do pluralismo de um Estado de Direito democrático, não deixa de se encontrar presente na Constituição de 1976.

Outrossim, para uma melhor compreensão do fenômeno das discriminações positivas, necessário se torna elaborar uma discussão que confronte, de um lado, os ditames da justiça e, de outro, os princípios democráticos, para, deles, procurar estabelecer um diálogo em busca do consenso e da reconciliação, rumo à consolidação do Estado Democrático de Direito com justiça e igualdade.

A discussão acerca da legitimidade democrática e da representatividade popular, em contraponto com os direitos das minorias e com as políticas públicas direcionadas à tutela de seus interesses, não é só privilégio do Brasil, país no qual o regime democrático encontra-se

---

[2] Artigo 10.º da Constituição da República Portuguesa de 1976 (Sufrágio universal e partidos políticos). 1. O povo exerce o poder político através do sufrágio universal, igual, directo, secreto e periódico, do referendo e das demais formas previstas na Constituição.

[3] Artigo 78.º da Constituição da República Portuguesa de 1976 (Fruição e criação cultural). [...] 2. Incumbe ao Estado, em colaboração com todos os agentes culturais: [...]*c)* Promover a salvaguarda e a valorização do património cultural, tornando-o elemento vivificador da identidade cultural comum; [...]

fragilizado pela tenra idade de sua vigência, e cujo contexto social se caracteriza, nas palavras de Lênio Antônio Streck, pela modernidade tardia na solução dos conflitos sociais. Até nos países socialmente mais justos, existe um firme debate relativo à conciliação entre democracia e minorias, por conta principalmente do reconhecimento da diferença que caracterizam certos segmentos sociais que compõem o todo de alguns desses países. Neste sentir, a preocupação constante em estabelecer mecanismos que visem uma estrutura social mais igualitária não sai da agenda política e acadêmica desses povos.

> E, nell'ottica del rapporto tra uguaglianza e differenza, vengono analizzati alcuni dei principali strumenti tecnici adottati dagli ordinamenti allo scopo di garantire diritti differenziali agli appartenentia minoranze: il diritto di non discriminazione, i "diritti particolari", i "diritti riservati", il diritto all'autogoverno[4] (DICOSOLA, 2008, p. 03).

A questão está, sobretudo, em estabelecer um equilíbrio político nas relações de força entre a maioria e as minorias, a fim de que não haja abusos por parte daqueles e uma consequente opressão destes, assim como não ocorra uma indesejável recriação de privilégios irrazoáveis e ilegítimos em favor das minorias.

> In particolare, tra gli strumenti di tutela delle minoranze, pone notevoli problemi quanto al bilanciamento con il principio di uguaglianza, il diritto di rappresentanza politica, esaminato in dettaglio al capitolo 6. In questo caso, infatti, l'uguaglianza della rappresentanza finisce per essere un connotato essenziale del carattere democratico di un ordinamento. Occorre evitare, tuttavia, il rischio della "dittatura della maggioranza", che, seppur nel rispetto formale dei principi, finisce per snaturare l'essenza della democrazia: come specificano gli autori, si deve raggiungere un punto di equilibrio tra democrazia e principio maggioritario, da una parte, e diritti delle minoranze, dall'altra. E tale equilibrio è raggiungibile solo attraverso forme di cooperazione effettiva, e non solo simbolica, tra la maggioranza e le minoranze, forme idonee a consentire a queste ultime una concreta capacità di influenzare le decisioni degli organi rappresentativi[5] (DICOSOLA, 2008, p. 03).

Em outras palavras, a democracia, na condição de processo evolutivo constante, se traduz na persecução sistemática de encontrar esse ponto de equilíbrio entre os atores sociais que, invariavelmente, lutam por interesses antagônicos, pelo que a liberdade e a igualdade, neste ambiente, são fundamentais no desenvolvimento do debate democrático.

---

[4] E, sob a ótica da relação entre igualdade e diferença, analisemos alguns dos principais instrumentos técnicos adotados pelos ordenamentos com o escopo de garantir direitos diferenciados aos que pertencem a minorias: o direito de não ser discriminado, os "direitos particulares", os "direitos reservados", o direito à autodeterminação. (Tradução livre pelo autor).

[5] Particularmente, entre os instrumentos de tutela das minorias, põem-se consideráveis problemas quanto ao balanceamento com o princípio da igualdade, o direito de representação política, examinado, em detalhe no capítulo 6. Neste caso, de fato, a igualdade da representação vem a ser um a essência do caráter democrático de um ordenamento. Deve-se, todavia, evitar o risco da "ditadura da maioria", que, ainda quando no respeito formal dos princípios, acaba por desnaturar a essência da democracia: como especificam os autores: deve-se encontrar um ponto de equilíbrio entre democracia e princípio majoritário, de uma parte, e direito das minorias, de outra. E tal equilíbrio é encontrado somente por meio das formas de cooperação efetiva, e não apenas simbólicas formas idôneas, entre a maioria e as minorias, a consentir em favor dessas estas últimas uma concreta capacidade de influência nas decisões dos órgãos representativos. (Tradução livre pelo autor).

Nesta toada, Robert Alexy (2011, p. 155), ao dissertar sobre a estrutura do constitucionalismo discursivo, salienta que

> O constitucionalismo discursivo é uma teoria que nasce do enlace de cinco conceitos: (1) do de direitos fundamentais, (2) do de ponderação, (3) do de discurso, (4) do de jurisdição constitucional e (5) do de representação. O sistema formado por esses cinco conceitos é extremamente complexo. A imagem, que aqui deve ser mostrada dele, concentra-se sobre os conceitos de ponderação, de jurisdição constitucional e de representação.

Quando, porém, Alexy destaca a relação entre a jurisdição e a representação no jogo democrático (2011, p. 162 e 163), dentro do complexo do constitucionalismo discursivo, suscita uma variável pertinente ao deslinde da questão, advertindo que

> Jurisdição constitucional é exercício de poder estatal. Em um estado democrático, no qual – como está dito no artigo 20, alínea 1, proposição 1, da lei fundamental, – "todo poder estatal ... provém do povo", jurisdição constitucional somente então pode ser legítima se ela é compatível com a democracia. O exercício de poder estatal pelo parlamento é legítimo porque o parlamento representa o povo. Essa representação é democrática porque os membros do parlamento são eleitos por eleição livre e igual e – por meio da sanção da não reeleição – controlados. Isso é, em todo o caso, em geral, diferente no caso da jurisdição constitucional. Os juízes do tribunal constitucional não têm regularmente uma legitimação democrática direta e o povo não tem, em regra, possibilidade de controle por denegação da reeleição. Isso é compatível com democracia? A única possibilidade de reconciliar a jurisdição constitucional com a democracia consiste nisto, compreendê-la também como representação do povo. Esse caminho, contudo, dois obstáculos parecem obstruir. Representação do povo parece, primeiro, necessariamente estar unida com eleições e, caso, segundo, fosse possível, porém, representação sem eleições, porque deveria esse tipo de representação ter primazia diante de uma representação que se apoia em eleições?

Interessante notar que a recorrência a eleições como componente indispensável ao processo democrático insiste em traduzir o sistema de participação no poder pelo direito de votar e de ser votado periodicamente, ou seja, o sistema democrático quase que se confunde com o direito de escolher, por meio do sufrágio universal, os dirigentes políticos de um país.

Todavia, o conceito de representação democrática, em Alexy, à vista do constitucionalismo discursivo (2011, p. 163), destaca o papel da jurisdição constitucional para a solução do conflito entre democracia e legitimidade das decisões judiciais, o que, em última análise, legitima o protagonismo judicial quando da defesa e da proteção dos direitos das minorias.

> A chave para a solução desse problema e, com isso, do problema geral da jurisdição constitucional é o conceito de representação argumentativa. Representação é uma relação de duas variáveis entre um *repraesentandum* e um *repraesentans*. No caso da dação de leis parlamentar, a relação entre o *repraesentandum* – o povo – e o *repraesentans* – o parlamento – é determinada, essencialmente, por eleições. Agora, é possível esboçar uma imagem da democracia, que contém nada mais que um procedimento de decisão centrado nos conceitos de eleição e de regra da maioria. Isso seria um modelo puramente decisionista de democracia.

Enfim, de um lado, visualiza, pois, a democracia representativa e decisionista, articulada pelo poder legislativo, que mantém forte correspondência com os anseios das

maiorias. De outra banda, porém, Alexy (2011, p. 163) recorre à noção moderna de democracia, é dizer, à face deliberativa do processo participativo democrático, por meio do discurso, apresentando a vertente argumentativa que legitima as posições judiciais favoráveis às reivindicações das categorias minoritárias, nestes termos:

> Um conceito adequado de democracia, contudo, não se deve apoiar somente no conceito de decisão. Ele precisa também abarcar o de argumento. O abarcamento da argumentação no conceito de democracia torna a democracia deliberativa. A democracia deliberativa é a tentativa de institucionalizar o discurso, tão amplamente quanto possível, como meio da tomada de decisão pública. Desse fundamento, a união entre o povo e o parlamento precisa ser determinada não somente por decisões, que encontram expressão em eleições e votações, mas também por argumentos. Desse modo, a representação do povo pelo parlamento é, simultaneamente, volicional ou decisionista e argumentativa ou discursiva. A representação do povo por um tribunal constitucional é, pelo contrário, puramente argumentativa. O fato que a representação pelo parlamento é tanto volitiva como argumentativa mostra que representação e argumentação não são incompatíveis. Ao contrário, um conceito adequado de representação deve – como Leibholz o formula – dizer respeito a "valores ideais" (Leibholz 1966: 35).

Assim, sob tal ambiente político, cujo teor se caracteriza pela complexidade, Alexy (2011, p. 163 e 164) sintetiza os novos e abrangentes elementos que compõe o moderno regime democrático, que se desvincula no anterior modelo liberal e individualista de participação popular, consubstanciado apenas na representação parlamentar chancelado pelo voto:

> Representação é – de outra forma como Kelsen propõe – mais que mera "substituição" e, simultaneamente, mais que "algo existencial" (Schmitt 1970: 209), no sentido de algo meramente fático. Ela abarca, sem dúvida, ambos esses elementos, o que significa que representação, necessariamente, é tanto normativa como real, mas esses elementos não esgotam o conceito de representação. Representação é, como tal, necessariamente orientada para algum ideal. Isso significa que representação é definida pela união de uma dimensão normativa, uma fática e uma ideal. Na representação democrática, como caso da representação racional, o ideal é a ideia de correção. Um conceito plenamente formado da representação democrática deve, por isso, abarcar, ao lado da decisão, o discurso como elemento ideal.

A tese acima esposada por Alexy fundamenta todo o arcabouço teórico a respeito do qual se faz uso no exercício de defesa das minorias, uma vez que não se deve esperar pela iniciativa do parlamento, na condição do mais digno representante da maioria, a fim de que as reivindicações das minorias sejam, de fato, atendidas, ocasião, portanto, em que o protagonismo judicial ganha corpo e legitimidade institucional, eis que para se legitimarem constitucionalmente, todas as decisões proferidas pelos órgãos judicantes devem ser, de fato e de direito, rigorosamente fundamentadas, conforme determina o inciso IX, do artigo 93, da CF/88, o que, na verdade, representa a teoria alexyana da argumentação democrática do judiciário.

Aliás, outra não é a posição doutrinária, nesse particular, de Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 289), ensinando que

> Em suma, é induvidoso que não basta o juiz estar convencido – cabendo-lhe demonstrar as razões de seu convencimento. Isso permite o controle da atividade do juiz pelas partes ou por qualquer um do povo, já que a sentença deve ser o resultado de raciocínio lógico que assenta no relatório, na fundamentação e no dispositivo. Nessa perspectiva, conclui-se, ainda, que a fundamentação é essencial à legitimação da decisão. Não é por outra razão, aliás, que constitui dever do juiz e garantia constitucional do jurisdicionado, nos termos do artigo 93, IX, da Constituição Federal.

Nesta mesma linha de raciocínio, acerca do dever de fundamentação das decisões judiciais como elemento de justificação política da legitimação democrática do Poder Judiciário, sobretudo quando se refere ao seu protagonismo no controle de políticas públicas cuja execução está a cargo dos demais poderes do Estado, Eduardo Cambi (2011, p. 319 e 320) preleciona com a seguinte tese:

> O Estado Democrático de Direito exige que o juiz motive racionalmente as suas decisões, combatendo toda e qualquer decisão baseada na *intime conviction* do magistrado (artigo 93, IX da CF/1988). Quando a motivação é constituída por argumentos racionais, a própria motivação justificará, racionalmente, a decisão, não tendo o órgão judicial que convencer as partes ou a opinião pública do seu "acerto". Para evitar o arbítrio judicial, o órgão judicial não pode perder a dimensão da *verdade processual objetivamente realizável*. O conhecimento humano da verdade é imperfeito e incompleto, mas nem por isto os ordenamentos jurídicos devem afastar a sua cogitação, nem renunciar a sua busca, na medida do possível. A impossibilidade de vencer, por inteiro, as dúvidas não tornam menos importantes as tentativas voltadas a superá-las ("nossa impossibilidade de vencer por inteiro a escuridão da noite não torna menos importante o ato de acender uma lâmpada para iluminar o texto que desejamos ler"). Caso contrário, os ordenamentos jurídicos não deveriam cuidar de disciplinar as provas, mas adotariam formas mais simples e rápidas de decidir litígios (*v.g.*, mediante sorteios).

No confronto entre democracia e legitimidade, tendo em vista que toda sentença se constitui em um ato político, porque uma das justificativas das decisões judiciárias contramajoritárias[6] seriam os seus argumentos de fato e de direito, em uma palavra, a sua fundamentação racional, cujo produto final se submete ao controle das partes e da opinião pública, isto é, à justificação interna e à justificação externa da argumentação jurídica (CAMBI, 2011, p. 339), o papel do Judiciário no processo democrático é necessário e

---

[6] Sob tal perspectiva, são percucientes as palavras do Ministro Carlos Ayres Britto, ao se reportar ao papel contramajoritário da Suprema Corte: Cabe enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta inclusão. Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias deve compor, por tratar-se de questão impregnada do mais alto relevo, a agenda desta Corte Suprema, incumbida, por efeito de sua destinação institucional, de velar pela supremacia da Constituição e de zelar pelo respeito aos direitos, inclusive de grupos minoritários, que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional. Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito, havendo merecido tutela efetiva, por parte desta Suprema Corte, quando grupos majoritários, por exemplo, atuando no âmbito do Congresso Nacional, ensaiaram medidas arbitrárias destinadas a frustrar o exercício, por organizações minoritárias, de direitos assegurados pela ordem constitucional (STF, 2011, p. 26 e 27).

indeclinável, na medida em que o espírito democrático, no âmbito judicial, se manifesta precisamente pelos princípios da ampla defesa e do contraditório.

No entanto, para superar as críticas lançadas sobre o posicionamento em favor da argumentação da jurisdição constitucional na condição de pressuposto do constitucionalismo discursivo, Robert Alexy (2011, p. 164 e 165) argumenta que

> Um crítico da jurisdição constitucional poderia objetar que tudo isso termina em uma superidealização. Ele poderia unir isso com a afirmação, que uma representação puramente argumentativa é uma quimera. Assim que o ideal põe-se no lugar do fático, o tribunal constitucional tem a liberdade de declarar cada argumento como argumento que o povo representa. Então, não existem nem limites nem controle. O tribunal constitucional pode distanciar-se tão longe quanto ele quer daquilo que o povo realmente pensa e quer e, contudo, promover a pretensão de que ele representa-o. O caminho do constitucionalismo discursivo, que inicia nos direitos fundamentais, passa sobre a ponderação, o discurso e a jurisdição constitucional, termina em um lugar da ilusão, no qual tudo pode ser legitimado.

A objeção levantada demonstra a preocupação dos críticos e dos céticos do constitucionalismo discursivo e da democracia deliberativa tão rigorosamente defendidos por Alexy, razão pela qual ele faz questão de elucidar os principais aspectos que procuram responder as inquietações cogitadas sobre tal modelo:

> Essa objeção pode ser rejeitada se é possível mostrar que, primeiro, jurisdição constitucional, como argumento ou discurso, não admite tudo e que, segundo, jurisdição constitucional, como representação, pode ser unida com aquilo que o povo realmente pensa. Jurisdição constitucional, como argumento, não admite tudo, se podem ser distinguidos argumentos jurídico-constitucionais bons de ruins ou melhores de piores. [...] A existência de argumento bons ou plausíveis basta para deliberação ou reflexão, mas não para a representação. Para isso, é necessário que o tribunal não só promova a pretensão de que seus argumentos são os argumentos do povo ou do cidadão; um número suficiente de cidadãos precisa, pelo menos, em perspectiva mais prolongada, aceitar esses argumentos como corretos. Somente pessoas racionais estão capacitadas para aceitar um argumento por causa de sua correção ou validade (ALEXY, 2011, p. 164 e 165).

Ademais, os argumentos apresentados por Alexy, em resposta aos questionamentos perpetrados por seus contendores, são reforçados pela ideia da validade e da correção dos argumentos articulados pelo Estado-juiz, de um lado da relação e do diálogo estabelecido pelo julgador e pela sociedade, e pela existência de seres racionais, no seio da sociedade envolvida, capazes de absorver o discurso proposto por quem emite a decisão, do outro lado desta relação:

> Isso mostra que existem duas condições fundamentais de representação argumentativa autêntica: (1) a existência de argumentos válidos ou corretos e (2) a existência de pessoas racionais que são capazes e dispostas a aceitar argumentos válidos ou corretos porque eles são válidos ou corretos. Poderiam denominar-se essas pessoas, com apoio no conceito de pessoa liberal, de John Rawls (Rawls 1993: 290, 301f.), “pessoas constitucionais”. Jurisdição constitucional somente então pode ser exitosa quando esses argumentos, que são alegados pelo tribunal constitucional, são válidos e quando membros, suficientemente muitos, da comunidade são capazes e dispostos a fazer uso de suas possibilidades racionais. Se essas condições estão cumpridas, a resposta à questão acima formulada, por que uma representação puramente

> argumentativa deve ter primazia diante de uma representação apoiada em eleições e reeleições, não mais é difícil. O constitucionalismo discursivo, como um todo, é a tentativa da institucionalização de razão e correção. Se existem argumentos válidos ou corretos, do mesmo modo como pessoas racionais, então razão e correção serão institucionalizadas melhor com jurisdição constitucional que sem ela.

Isto é, deve haver sempre um canal, sem interferências, entre o juiz que decide uma demanda contramajoritariamente, porém racional e corretamente, e cidadãos dispostos a entender o teor desta decisão e os benefícios democráticos que ela trará.

Em suma, o caráter democrático de uma Constituição também se mede pelo nível de proteção dispensado às minorias contra as investidas arrogantes, arbitrárias, opressoras e prepotentes da maioria, mediante o asseguramento de funções institucionais às minorias, de forma que, na democracia, quem governa é a maioria, mas sem oprimir as minorias, a quem é atribuído o dever de oposição institucional. Enfim, a função das minorias do regime democrático é apresentar propostas alternativas às ideias e às ações do governo majoritário, além de criticá-las, fiscalizá-las, apontar-lhes as falhas e censurá-la (ATALIBA, 1987, p. 191).

Na república, é importante proteger e salvaguardar as minorias e a sua relevante participação no processo político, razão pela qual o texto constitucional, de índole democrática, deve dar garantias amplas de reforço dos elementos institucionais que viabilizem os meios de existência, sobrevivência e liberdade de ação e de influência da minoria, ou seja, torna-se imperioso também que a oposição minoritária tenha seus direitos reconhecidos e até mesmo exerça funções na condução das políticas públicas do país, pois, sabendo que não pode ser autoritária e respeitar as posições das minorias, a maioria passará a firmar compromissos para garantir os meios de convivência política (ATALIBA, 1987, p. 193).

Em outros termos, a essência da democracia se manifesta na *síntese dialética dos princípios da liberdade, igualdade e dominação da maioria, com a correlativa proteção às minorias políticas, sem o que não se compreende a verdadeira democracia constitucional* (PINTO FERREIRA, 1971, p. 195-196).

À legitimação da vontade da maioria, quando ocupa o centro gravitacional da democracia, contrapõe-se o respeito às minorias políticas, de forma que, de uma maneira metafórica, pode se dizer que o princípio majoritário se compara ao polo positivo das instituições democráticas, cuja antítese se consubstancia no princípio democrático, o seu polo negativo, sendo que ambos são igualmente indispensáveis ao esclarecimento do conceito da verdadeira democracia (PINTO FERREIRA, 1971, p. 195-196).

Dessa forma, a decisão acerca dos destinos e dos interesses da maioria não pode servir de pretexto para suprimir os direitos das minorias. Do contrário, a simples tirania dos números configuraria apenas o mais caricato despotismo, no qual não haveria sequer vestígios de democracia. Em outras palavras, a liberdade e a igualdade devem ser obsessivamente acolhidas nas decisões tomadas pela maioria, sob pena de a própria democracia ser a primeira vítima desse processo opressor (PINTO FERREIRA, 1971, p. 195-196)[7].

Nesta mesma esteira, ao abordar o atrito sistemático e constante em que se veem envolvidos democracia e direitos das minorias, Paulo Otero (2010, p. 53) elucida os quatro pressupostos que caracterizam o Estado de Direito democrático, pontificando que

> (i) Na *soberania popular*, enquanto expressão sinónima do princípio democrático ou princípio da maioria, que funciona como fonte de legitimidade dos governantes, critério, decisão e fundamento do ordenamento jurídico-positivo interno ou, segundo a expressão constitucional, da "legalidade democrática", sem embargo sempre da precedência conferida ao artigo 1.º à dignidade humana – é a soberania popular que se move no espaço da dignidade humana e não a dignidade que se encontra subordinada à soberania popular;

Desta forma, a democracia, reflexo da soberania popular, se insere dentro do contexto maior do conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana, que procura, de todas as formas, atender também aos anseios das minorias, subordinando-a, e não o contrário: o Estado de direito democrático não coloca a dignidade da pessoa humana na condição de meio, de mecanismo ou de instrumento para se atingir a democracia, mas esta é que se põe como meio para se concretizar a dignidade humana, no sentido amplo da expressão, em todas as suas formas de realização da personalidade do indivíduo, enquanto imagem e semelhança de Deus.

Outra circunstância envolvendo os direitos das minorias, que, em tese, se contrapõe ao princípio democrático, refere-se à crescente internacionalização do reconhecimento desses direitos e de sua tutela no âmbito internacional, tendo em vista a íntima relação que mantêm com os direitos humanos, colocando em xeque, além da democracia, a própria soberania do Estado.

> Come anticipato, il tema del trattamento dei gruppi minoritariè inoltre affrontato nella prospettiva dei soggetti chiamati a stabilire le norme idonee a garantirne la protezione. Sotto quest'ultimo profilo, dall'esame in senso diacronico degli ordinamenti presi in considerazione

---

[7] Na referida obra, PINTO FERREIRA (1971, p. 195-196) traz à tona interessante ponderação do pensador inglês JOHN STUART MILL a respeito dos princípios democráticos: A livre deliberação da maioria não é suficiente para determinar a natureza da democracia. STUART MILL já reconhecia essa impossibilidade, ainda no século transato: "Se toda a humanidade, menos um, fosse de uma opinião, não estaria a humanidade mais justificada em reduzir ao silêncio tal pessoa, do que esta, se tivesse força, em fazer calar o mundo inteiro". Em termos não menos positivos, esclarece o sábio inglês, nas suas *Considerations on Representative Government*, quando fala da verdadeira e da falsa democracia ("of true and false Democracy"): "A falsa democracia é só representação da maioria, a verdadeira é representação de todos, inclusive das minorias. A sua peculiar e verdadeira essência há de ser, destarte, um compromisso constante entre maioria e minoria".

> emerge, in primo luogo, una evidente tendenza alla progressiva internazionalizzazione del diritto delle minoranze. Se, come scriveva A. Pizzorusso, nel 1967, le minoranze erano una questione di "diritto pubblico interno", oggi il riferimento agli standard internazionali e sovranazionali di tutela è imprescindibile. Ciò è evidente, in particolare, in Europa, dove si registra una tendenza all'armonizzazione dei sistemi e, al contempo, alla moltiplicazione dei soggetti chiamati a porre le regole[8] (DICOSOLA, 2008, p. 04).

Nessa medida, o debate sobre os princípios democráticos e a defesa dos direitos das minorias ganha contornos internacionais, na medida em que se estende a toda comunidade mundial, haja vista, principalmente, o fato de que, após o fim da Segunda Grande Guerra Mundial, a centralidade passa a ser o indivíduo considerado em si, independente da nacionalidade, origem, religião, raça, cor ou sexo, de acordo com os ditames da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, demonstrando a perspectiva de que a vigilância sobre o respeito aos direitos humanos e aos direitos das minorias seria muito mais rígida e intransigente.

Razão pela qual tais exigências de cunho internacional foram caracterizadas pelo movimento de internacionalização do direito constitucional e constitucionalização do direito internacional, de forma que as cartas constitucionais dos países democráticos absorveram princípios de direitos humanos e fundamentais insculpidos em Tratados e Convenções Internacionais, de que eles foram signatários, ao mesmo tempo em que estes documentos foram erigidos a diplomas supraconstitucionais, é dizer, ganharam *status* de verdadeira constituição, coercitiva e juridicamente falando.

Dessa forma, o Estado brasileiro, participante assíduo das grandes discussões democráticas da comunidade internacional, não poderia ficar à margem do contexto e das decisões relativos aos direitos das minorias e da efetiva tutela deles, na medida em que a adoção de políticas públicas, visando à efetivação desses direitos por meio das ações afirmativas, corresponde, de forma incontestável, à observância do que, democraticamente, foi discutido no âmbito internacional. Tanto é verdade que o Brasil tornou-se signatário dos principais Tratados que tutelam os direitos das minorias, sobretudo a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

---

[8] Como antecipado, o tema do tratamento dos grupos minoritários é, ademais, desafiado pela perspectiva dos sujeitos chamados a estabelecer as normas idôneas a garantir a proteção. Sob esta última característica, do exame em sentido diacrônico dos ordenamentos tomados em consideração, emerge, em primeiro lugar, uma tendência evidente à progressiva internacionalização dos direitos das minorias. Se, como escrevia A. Pizzorusso, em 1967, as minorias eram uma questão de "direito público interno", hoje a referência aos padrões internacionais e supranacionais de tutela é imprescindível. Isto fica evidente, particularmente, na Europa, onde se registra uma tendência à harmonização dos sistemas e, ao mesmo tempo, à multiplicação dos sujeitos chamados a impor as regras.

Enfim, o fundamento jurídico da convivência pacífica entre as pessoas está na insistente procura do equilíbrio entre igualdade e diferença, entre democracia e Estado de Direito e, vale lembrar, o seu êxito somente poderá ser assegurado se se previrem instrumentos sempre modificáveis e flexíveis, adequados aos contextos em que vão operar, excluindo, portanto, medidas rígidas, cujas consequências poderão ser esdrúxulas e injustas.

2 Justiça e desafios democráticos em face das minorias

O processo democrático não é, deveras, algo estático, estável e cômodo. Pelo contrário, implica, invariavelmente, em construção e desconstrução, tese, antítese e síntese; em suma, é metamorfose; é transformação. Enfim, conforme ensina Marilena Chauí (1983, p. 07), longe de ser a mera conservação de direitos, é a criação ininterrupta de novos direitos, a subversão contínua dos estabelecidos, a reinstituição permanente do social e do político, o velho dando lugar ao novo.

Porém, a democracia não traduz o abandono ou o aniquilamento completo de tudo aquilo que foi edificado historicamente pela cultura humana. Indica, apenas, a reinterpretação do universal outrora instituído com o objetivo de estabelecer o novo universal a instituir-se. Ou melhor, o próprio conceito de democracia já sofreu inúmeras variações, em seu conteúdo prático, no decorrer da história da civilização humana, o que, de resto, reflete bem a complexidade do significado e do alcance envolvendo tão importante temática no presente contexto jurídico e político da hermenêutica constitucional das civilizações judaico-cristãs ocidentais.

O senso comum sempre nos remete à ideia de que a democracia – talvez pela raiz grega do termo – se coaduna com um conceito teórico do pensamento jurídico-político ocidental relativo à forma de governo, em que o poder é exercido do povo, para o povo e pelo povo, jargão este muitas vezes apropriado indevidamente pelos regimes totalitários da primeira metade do século XX.

Todavia, se nos detivermos um instante sobre o conceito atualizado de *democracia*, chegaremos à conclusão de que ela pode ser perfeitamente transposta da ciência política, vale dizer, das relações de poder entre o Estado e o cidadão, para o âmbito das relações individuais mais prosaicas.

Assim, neste sentido, a lição de Eligio Resta (2011, p. 120 e 121) é sempre lapidar:

> Per il lettore assuefatto alle pagine analitiche dei teorici del pensiero giuridico-politico, democrazia è “forma di governo”, “gioco di maggioranza e minoranza”, gestione della “vita

> pubblica in pubblico", il lettore ignora e quindi apprende con curiosità che si può dar nomi diversi a quel concetto. Così l'antropologia politica esce dalle secche delle ingegnerie istituzionali e "democrazia" diventa forma di convivenza che, quando si realizza, elimina ogni forma de arroganza e ogni delirio di onnipotenza[9].

Democracia, então, abandona o seu posto original de regime de governo e começa a permear todos os meandros das relações privadas, em que todos, indistintamente, tornam-se-lhe destinatários. Este aspecto é fundamental para que se entendam e se adotem medidas positivas em face das minorias, pois, negá-las, pode, invariavelmente, consubstanciar uma atitude de inteira prepotência e opressão contra tais segmentos sociais.

A democracia possui por característica a constante mutação de formas e de conteúdos, de comportamentos e de valores, o que induz a afirmar que a sua natureza provisória contempla uma de suas faces mais salutares, porquanto prevê a possibilidade da minoria, um dia, se tornar maioria: *Essa vive della provvisorietà di formazioni come maggioranza e minoranza, anzi si giustifica per il diritto, oltre che per la speranza (passione negativa insieme alla paura), di ogni minoranza di divenire maggioranza*[10].

Neste sentir, democracia é processo, é constante construção; é caminhada contínua na realização das utopias, o que não quer significar, aqui, mundo da fantasia, embora esta última exerça importante função diante daquelas, haja vista que, não obstante não possa traduzir-se em realidade, permite que a compreendamos (RESTA, 2011, p. 120): *È dunque consapevolezza di provvisorietà, di imperfeizione e quindi di necessità dell'altro; consapevolezza perduta quando invece essa è ridotta esclusivamente a forma procedurale vuota e inane*[11].

A atribuição que se deve dar, incondicionalmente, à democracia é, deveras, sua função pacificadora. Em outras palavras, embora existam várias posições ideológicas antagônicas convivendo lado a lado, em um ambiente democrático, em que se é permitido ter

---

[9] Para o leitor acostumado com as páginas de análise das teorias do pensamento jurídico-político, democracia é "forma de governo", "jogo da maioria e da minoria", gestão da "vida pública em público", o leitor antes ignora e depois aprende, com curiosidade, que se podem dar diversos nomes àquele conceito. Assim, a antropologia política deixa os termos áridos da engenharia institucional e transforma a "democracia" em forma de convivência humana que, quando se realiza plenamente, elimina toda forma de arrogância e todo delírio de onipotência. (Tradução livre pelo autor).

[10] Ela vive com uma formação provisória de maioria e de minoria, e assim é justificada pelo direito, bem como pela *esperança* (paixão negativa, juntamente com o *medo*) de toda minoria, um dia, se tornar maioria. (Tradução livre pelo autor).

[11] É, portanto, consciência de provisoriedade, de imperfeição e, por conseguinte, de constante necessidade do outro; todavia, é consciência perdida quando ela se reduz exclusivamente à mera forma procedimental vazia e inútil. (Tradução livre pelo autor).

voz e vez, abre-se mão do espírito bélico e dá-se lugar ao uso incessante da palavra, o que permite a evolução do sistema democrático (RESTA, 2011, p. 120).

> È il regime che non pretende consenso tant'è vero che vive della dialetica e del dissenso; ma proprio perché non elimina il dissenso merita consenso. Essa vive della singolare virtù, mai affermata una volta per tutte, ma da realizzare giorno per giorno, di ingannare la guerra sustituendola con le parole. Deve essere "interprete" saggia e sincera de questa metamorfosi che trasforma la distruttività in virtù de convivenza. Così, in termini psichici, è il contrario del fantasma di immortalità e di perennità all'opera nelle nazioni, nelle istituzioni, nelle imprese[12].
>
> [...] Prendere sul serio de parole significa non soltanto credere nelle promesse, ma anche affondare lo sguardo nella loro storia complessa. Del resto noi usiamo nel linguaggio di tutti giorni l'espressione *dare la parola* e non ci rendiamo conto che essa è la più grande metafora della democracia: si partecipa prendendo e dando la parola in un gioco dialogante, ma si promete e si vive di fiducia nella promessa in un gioco di responsabilidade comune. *Dare la parola* ci fa incrociare inattessi strati di senso. Ci apre a un riconoscimento del nostro interlocutore, ci avvicina a un senso della regola con cui una comunità distribuisce i suoi diritti, ci immete nel labirinti complicati della responsabilità e dei suoi vincoli. Mentre ci pone di fronte a un'etica della promessa, ci rimanda nello stesso momento alla sospensione dell'attesa; il vincolo che la parola instaura non potrà mai essere adeguatamente descritto da nessuna scienza, da nessuna teoria della cominicazione forse perché ne é l'intimo pressuposto. In questo gioco della sospensione e del vincolo che la parola instaura, al *dare* corrispondende un *predere* la parola[13].

A importância de se *dar* a palavra a outrem configura a quintessência do jogo democrático, na medida em que permite aos demais atores sociais participar do processo de interpretação e reinterpretação das palavras proferidas e lançadas em debate, contribuindo para o aperfeiçoamento sempre constante do processo democrático, de maneira que a linguagem utilizada vai, aos poucos, se depurando e se tornando acessível ao mais comum do povo, o que, em última análise, proporciona um maior entendimento e, por consequência, uma maior participação popular, ampliando, sobremaneira, a base da pirâmide representativa: *La democrazia vive de "altre" interpretazioni e così abitua che ci vive a dar ascolto ad altre*

---

[12] É o regime que não tem a pretensão do consenso, tanto é verdade que vive da dialética e do dissenso; mas, em virtude de não eliminar o dissenso, ela, a democracia, merece o consenso. Vive ela também de uma virtude singular nunca afirmada de forma definitiva, categoricamente, de uma vez por todas; mas em realizar, dia a dia, o ato de enganar a guerra, substituindo-a pelas palavras. A democracia deve ser "interprete" sábia e sincera desta metamorfose que transforma a destruição, no caso a guerra, em virtude de convivência. Assim, em termos psicológicos, é o contrário do fantasma da imortalidade e da perenidade que opera nas nações, nas instituições e nas empresas. (Tradução livre pelo autor).

[13] Levar a sério as palavras significa não apenas crer nas suas promessas, mas também aprofundar o olhar na complexidade de sua história. De resto, nós usamos na linguagem cotidiana a expressão *dar a palavra* e não nos damos conta de que ela é maior metáfora da democracia: participa-se tomando e dando a palavra em um jogo de diálogo, mas se promete e se vive a confiança na promessa em um jogo de responsabilidade comum. *Dar a palavra* nos faz cruzar as inesperadas camadas do sentido. Abre-nos a um reconhecimento do nosso interlocutor, aproxima-nos de um sentido das regras com que a comunidade distribui os seus direitos, coloca-nos no labirinto complicado da responsabilidade e dos vínculos dela. Enquanto nos põe de frente a uma ética da promessa, remete-nos, ao mesmo tempo, ao sentimento de suspensão do estado de espera; o vínculo que a palavra instaura não poderá jamais ser adequadamente descrito por nenhuma ciência, por nenhuma teoria da comunicação, até porque se encontra no íntimo pressuposto dela. Neste jogo do sentimento de suspensão e do vínculo que a palavra instaura, ao *dar* corresponde um *tomar* a palavra. (Tradução livre pelo autor).

parole e ai diversi significati che alle parole possono essere attribuiti per arrivare, nei singoli contesti, ai linguaggi comuni[14] (RESTA, 2011, p. 120).

Tal diagnóstico, ironicamente, pode nos levar à conclusão de que aquilo que de fato existe não é a democracia em si, mas tão-somente um movimento, um desencadeamento de atos e fatos, ou seja, um processo de construção democrática. É a sensação de estar continuamente caminhando para a sua direção, sem que se possa atingi-la por inteira, de forma absoluta. A democracia se encerra, portanto, na plena liberdade desse eterno caminhar, ou seja, utopia e democracia seriam faces da mesma moeda.

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 surgem a ambiguidade e a dúvida em resolver a equação entre a vontade da maioria, que, a princípio, encerra, na essência, o axioma democrático e o respeito aos e a efetivação dos direitos das minorias.

Essa colisão de interesses representa o momento pelo qual passa atualmente a 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. Na verdade, o pensamento de Luís Roberto Barroso é emblemático nesse sentido, ao asseverar que a democracia é o governo da maioria, com a participação da minoria e a existência de instrumentos que assegurem a alternância no poder (BARROSO, 2010, p. 13)[15].

---

[14] A democracia vive de "outras" interpretações e, assim, habitua-nos a dar ouvidos às outras palavras e aos diversos significados que às outras palavras possam ser atribuídas para se chegar, nos contextos mais simples, às linguagens comuns. (Tradução livre pelo autor).

[15] Nesta linha de raciocínio, imperioso trazer à colação o magistério de Geraldo Ataliba: *A Constituição verdadeiramente democrática há de garantir todos os direitos das minorias e impedir toda prepotência, todo arbítrio, toda opressão contra elas. Mais que isso – por mecanismos que assegurem representação proporcional –, deve atribuir um relevante papel institucional às correntes minoritárias mais expressivas. Na democracia, governa a maioria, mas – em virtude do postulado constitucional fundamental da igualdade de todos os cidadãos – ao fazê-lo, não pode oprimir a minoria. Esta exerce também função política importante, decisiva mesmo: a de oposição institucional, a que cabe relevante papel no funcionamento das instituições republicanas. O principal papel da oposição é o de formular propostas alternativas às idéias e às ações do governo da maioria que o sustenta. Correlatamente, critica, fiscaliza, aponta falhas e censura a maioria, propondo-se, à opinião pública, como alternativa. Se a maioria governa, entretanto, não é dona do poder, mas age sob os princípios da relação de administração. Daí a necessidade de garantias amplas, no próprio texto constitucional, de existência, sobrevivência, liberdade de ação e influência da minoria, para que se tenha verdadeira república. Pela proteção e resguardo das minorias e sua necessária participação no processo político, a república faz da oposição instrumento institucional de governo. É imperioso que a Constituição não só garanta a minoria (a oposição), como ainda lhe reconheça direitos e até funções. Se a maioria souber que – por obstáculo constitucional – não pode prevalecer-se da força, nem ser arbitrária nem prepotente, mas deve respeitar a minoria, então os compromissos passam a ser meios de convivência.*

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" frente às minorias?

Nesta linha de raciocínio, é imperioso suscitar dois aspectos da justiça: o primeiro, sob a perspectiva formal; e o segundo, sob a perspectiva substancial de justiça ou equidade.

Chaïm Perelman (2005, p. 20 a 28), jusfilósofo belga, referenciado alhures, traz à tona, por meio de seis acepções, já citadas acima, o viés eminentemente formal de justiça. É inequívoco que o aspecto formal de justiça, tal qual proposto por ele, não responde às demandas sociais e políticas, haja vista que, implicitamente, o critério de aferição da vontade da maioria para legitimar o processo democrático tem estreita conexão com a variante formal de justiça. Aliás, o critério quantitativo de democracia, a saber, o governo da maioria, deita raízes na tradição iluminista dos revolucionários franceses dos séculos XVII e XVIII, ganhando força na Europa da Revolução Industrial do século XIX, em cujo contexto as sociedades daquelas épocas eram caracterizadas por seu caráter homogêneo, compacto e massificado, o que possibilitava a adoção lógica das decisões da maioria numérica de pessoas.

Todavia, 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, próprias da era industrializada, 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 tutora dos interesses das minorias. Quem deve decidir a respeito dos direitos das minorias são as próprias minorias e o Estado Democrático de Direito tem a obrigação ética e jurídica de viabilizar os instrumentos para atingir tal desiderato.

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 fazer justiça tornou-se, *pari passu*, tangível, uma vez que valores realçados, por exemplo, pela CF/88, como a dignidade da pessoa humana, o direito ao trabalho digno, a vida, a liberdade, a igualdade, a justiça social, a segurança e o acesso universal à saúde e à educação, servem de moldura ao intérprete e ao

aplicador do direito no ato de promover a justiça no plano concreto, no plano da realidade. Desse modo, o modelo flagrante de justiça substancial se faz pelo constante trabalho de interpretação e reinterpretação dos textos normativos constitucionais, extraindo-lhe o conteúdo axiológico, a fim de proporcionar um elevado teor do justo às relações jurídicas levadas ao exame dos juízes e dos tribunais (GRAU, 2006, p. 85).

Cabe assinalar, neste momento, a título de ilustração, a definição dada por Kant, e referida por Bobbio (1997, p. 79), acerca da justiça e da equidade, a fim de traçar um paralelo de raciocínio entre justiça formal e justiça substancial. Senão, veja-se:

> Por "equidade", entende-se tradicionalmente a "justiça do caso concreto", ou seja, aquela justiça que nasce não da adequação rígida a uma lei geral e abstrata, mas da adequação à natureza mesma do caso particular, que apresenta algumas peculiaridades com relação a circunstâncias de tempo, de lugar e outros [...]

Kant, adepto da teoria da justiça como liberdade, não obstante sua filosofia crítica sobrecarregada de elevado grau de abstração, chama a atenção pelo detalhe concreto atribuído à justiça, a saber, a equidade, que ultimamente tem forte aplicação prática no processo de hermenêutica jurídica, em que os rigores da lei são mitigados pela recorrência a ela.

Ao abordar a forma de solução dos casos difíceis (*hard cases*), Luís Roberto Barroso (2010, p. 22 e 23), por sua vez, admoesta que:

> Em todas as hipóteses referidas acima, envolvendo casos difíceis, o sentido da norma precisará ser fixado pelo juiz. Como se registrou, são situações em que a solução não estará pronta em uma prateleira jurídica e, portanto, exigirá uma atuação criativa do intérprete, que deverá argumentativamente justificar seu itinerário lógico e suas escolhas. Se a solução não está integralmente na norma, o juiz terá de recorrer a elementos externos ao direito posto, busca do justo, do bem, do legítimo. Ou seja, sua atuação terá de se valer da filosofia moral e da filosofia política. Mesmo admitida essa premissa – a de que o juiz, ao menos em certos casos, precisa recorrer a elementos extrajurídicos –, ainda assim se vai verificar que diferentes juízes adotam diferentes métodos de interpretação.

Mais à frente, conclui o ilustre professor fluminense, agora com certo tom de crítica ao pragmatismo jurídico, nestes termos (BARROSO, 2010, p. 23):

> Há juízes que pretendem extrair da Constituição suas melhores potencialidades, realizando na maior extensão possível os princípios e direitos fundamentais. Há outros que entendem ser mais adequado não ler na Constituição o que nela não está de modo claro ou expresso, prestando maior deferência ao legislador ordinário. Uma pesquisa empírica revelará, sem surpresa, que os mesmos juízes nem sempre adotam os mesmos métodos de interpretação. Seu método ou filosofia judicial é mera racionalização da decisão que tomou por outras razões. E aí surge uma nova variável, o resultado baseado não no princípio, mas no fim, no resultado.

Evidencia-se, portanto, o papel fundamental a que foi erigida a Constituição neste estágio de desenvolvimento jurídico no qual se vive atualmente, qual seja, uma ferramenta

indispensável à concretização dos valores éticos em favor da justiça, sobretudo no que concerne aos direitos das minorias.

Nesse passo, entra em cena o personagem principal da contemporânea peça democrática, o Poder Judiciário, protagonista do reconhecimento e da efetivação desses direitos, principalmente pela circunstância de que, com arrimo no magistério de Eduardo Appio (2009, p. 06), o ativismo judiciário somente tem vez quando imprescindível sua atuação na defesa das minorias:

> Sustento que somente nos casos de tutela dos direitos das minorias é que se revela admissível, do ponto de vista da teoria política, o ativismo judiciário. Ou seja, que a comunidade deve decidir, de forma direta e indireta, acerca de políticas públicas, inclusive em áreas sensíveis como do direito à saúde e à educação, o mesmo valendo para a exata extensão dos direitos correlatos à Previdência Social.

Aliás, as funções modernas e as novas atribuições do Poder Judiciário na presente quadra constitucional não ocorreram em virtude do acaso ou da coincidência, mas são frutos de um longo e intenso processo histórico.

Nesse sentido, forçoso reconhecer a evolução histórica em relação à preponderância das funções tripartidas do Estado. Com efeito, o Estado liberal-burguês, pós-Revolução Francesa e hegemônico no século XIX e no início do século XX, revelou a primazia do Poder Legislativo, no caso, legítimo representante dos ideais da burguesia, encarnados e legitimados pela lei, vontade suprema da maioria, enfim o Estado Legislativo de Direito.

Em momento posterior, no Estado do bem-estar social (*Welfare State*), cujos marcos foram a Constituição mexicana de 1914 e a Constituição alemã de 1917, o Poder Executivo tornou-se proeminente em face do Legislativo e do Judiciário, tendo em vista que foi necessária uma atuação de maior contundência desse Poder para implementar as políticas atinentes à garantia dos direitos sociais aos indivíduos, reputados de segunda dimensão, tais como o trabalho, a saúde, a educação e a Previdência Social, ou seja, foi a proeminência do Estado Social de Direito.

E, por fim, no Estado Democrático de Direito, que emergiu após o fim da Segunda Grande Guerra, na Europa continental, em que o Poder Judiciário toma para si a tarefa de decidir sobre e interferir diretamente nas políticas públicas concernentes à promoção da dignidade da pessoa humana, em virtude precipuamente do vácuo deixado pela inércia – às vezes perpetrada intencionalmente – dos demais poderes.

Outrossim, a correlação entre o ativismo do Judiciário, o reconhecimento e a implementação das políticas públicas endereçadas às minorias salta aos olhos, pois, amiúde, o

Poder Judiciário age, contramajoritariamente, com o objetivo de assegurar certos direitos e garantias atinentes aos homossexuais, aos negros, aos indígenas, às crianças e aos adolescentes, aos idosos, às mulheres vítimas de violência doméstica, aos estrangeiros, aos portadores de necessidades especiais, às populações nômades e aos presidiários.

A intervenção do Judiciário resulta muito mais eficaz, haja vista que, se se fosse obedecer aos trâmites legislativos formais para elaborar, aprovar e alterar quaisquer disposições de lei e o Executivo pô-las em prática, à espera de uma ação estatal em benefício das minorias e dos grupos vulneráveis, em consonância com a vontade da maioria, fatalmente os direitos desses segmentos da sociedade jamais seriam concretizados, eis que as discussões levadas ao Parlamento sobre tais demandas não teriam sequer início.

Insta salientar, por conseguinte, que o conceito contemporâneo de democracia não representa, em essência, a observância apenas da vontade da maioria, mas, sim, obriga reconhecer as reivindicações das classes postas à margem da sociedade, cujas pretensões, via de regra, continuam sendo sufocadas pela tradição histórica da civilização capitalista ocidental.

Ainda que se faça uma leitura superficial dos textos positivados pela Carta Constitucional de 1988, percebe-se, à exaustão, que o constituinte propiciou abertura participativa a várias parcelas de cidadãos, pelo que reconhece o caráter plúrimo do povo brasileiro, na medida em que a Constituição materializou-se em amplo espaço de discussão e contraposição de valores, no qual se travam debates sobre assuntos de interesse para o presente e para o futuro do país, configurando-se em uma genuína dialética dos agentes sociais engajados nos desafios de nossa época.

Com efeito, a Constituição está aberta ao reconhecimento e à incorporação de novos valores, consolidados ou a consolidar-se, no transcorrer dos tempos, sobretudo no que tange às angústias expressadas pelas minorias. A partir de tal perspectiva, dela emana a mais autêntica expressão dos valores democráticos, pois dá azo à participação de todos os atores sociais e políticos que colaboram para o desenvolvimento do Brasil como nação.

Na linha de raciocínio a ser seguida, quando se objetiva uma definição substancial para a justiça, não há como não concordar com o entendimento segundo o qual os valores insculpidos no texto constitucional fazem tangenciar, como já foi referido, o direito e a ética, o direito e a moral e o direito e a justiça. Com efeito, o padrão de maior amplitude e magnitude ética na incessante e incansável busca pela justiça, seja ela social, distributiva ou

comutativa, hodiernamente, é, sem dúvida, a efetivação dos valores constitucionais. Enfim, a Constituição é o ponto de encontro 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.

Destarte, vem à mente, uma vez mais, o magistério de Norberto Bobbio, consoante o qual, no momento em que se vive, 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.

Conclusão

Somente no ambiente democrático torna-se possível o confronto aberto entre os interesses das minorias e os da maioria, de modo que é somente por meio dela, ou seja, da democracia, pelos instrumentos que por ela são colocados à disposição, que estes conflitos são solucionados.

Na verdade, a reivindicação, a discussão, o reconhecimento e a efetivação dos direitos fundamentais das minorias, via ações afirmativas, por meio até do ativismo judicial, encontra espaço nas democracias mais avançadas, de sorte que, sendo elas consequências inevitáveis do confronto democrático, não se pode dizer que abalam os pilares que sustentam a democracia.

Aliás, conforme ficou demonstrado no presente texto, a adoção de medidas que visam assegurar o gozo e a fruição de certos direitos das minorias, como saúde, educação e emprego, é concretizada pelo caráter democrático das instituições, as quais, por sua natureza expansiva e acolhedora, garantem o compromisso constitucional de avançar sistematicamente em assuntos que, talvez pelas condições sociais e históricas, ainda sequer foram colocadas nas mesas de discussão do Estado brasileiro, mas que um dia ainda o serão.

Referências

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Org. e trad. Luís Afonso Heck. 3 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

APPIO, Eduardo. *Direito das minorias.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ATALIBA, Geraldo. *Judiciário e minorias*. *In* Revista de Informação Legislativa. Ano 24, n. 96. Brasília, out./dez. 1987.

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. de Carlos Nélson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *Direito e estado no pensamento de Immanuel Kant.* Trad. de Alfredo Fait. 4 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BRASIL**. *SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)*:** ADPF n.º 186. Brasília: 2012. Decisão disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 25.04.2012.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo:* direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

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

DICOSOLA, Maria. *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze.* Cedam: PADOVA, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

OTERO, Paulo. *Direito constitucional português 1.º volume:* identidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2010.

PERELMAN, Chäim. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes. 2005. (Justiça e Direito).

PINTO FERREIRA, Luís. *Princípios gerais de direito constitucional moderno.* 5 ed. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2011.