

A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA DECISÃO DO STF NA ADPF 186

Acadêmico: Diego Corrêa Lima de Aguiar Dias
Orientadora: Rachel Barros Nigro

Introdução

A legitimidade democrática da jurisdição fundamentou-se, durante a modernidade, em uma concepção tradicional acerca da relação entre o direito e a política. De acordo com referida concepção, predominante no denominado Estado legislativo de direito [1] [2], competiria ao Poder Judiciário tão-somente aplicar as normas jurídicas positivadas pelo povo, no exercício de sua soberania. Não seria comportado o papel criativo dos intérpretes do direito, devendo eles limitar-se a utilizar o método lógico-subsumtivo [3], na resolução dos conflitos que viessem a julgar. A política e o direito, nessa perspectiva, abrangiriam campos absolutamente distintos.

Com o surgimento do Estado constitucional de direito [4], especialmente a partir do término da 2ª Guerra Mundial, questionou-se o paradigma existente. Nesse momento histórico, o Ocidente experimentou um intenso processo de reconstitucionalização. As constituições então promulgadas não só apresentavam, em sua maioria, um rol de direitos fundamentais, como delas também constava uma série de cláusulas abertas, tais como os princípios constitucionais e os conceitos jurídicos indeterminados.

No mesmo período, consolidou-se a teoria da força normativa da constituição, a partir da inspiração de notáveis esforços doutrinários [5]. Segundo ela, a Carta Maior não seria apenas um documento político, em que se estabeleciam diretrizes programáticas aos poderes constituídos; seria, propriamente, uma norma jurídica, cuja imperatividade deveria ser observada. Não o sendo, poder-se-ia recorrer ao Poder Judiciário, para que este garantisse o devido respeito ao conteúdo das disposições constitucionais [6].

Note-se que referida teoria defendia também a supremacia da constituição, de modo que competiria aos órgãos jurisdicionais, não só aplicar as normas extraídas do texto constitucional, mas também, e especialmente, fazê-las prevalecer sobre as normas infraconstitucionais. É por essa razão que a jurisdição constitucional se expande nessa época, destacando-se o exercício do controle de constitucionalidade sobre as leis e os atos normativos do Poder Público [7].

Não seria mais possível, nesse cenário, sustentar que o papel dos juízes, principalmente dos integrantes das cortes constitucionais, restringir-se-ia a declarar a vontade popular expressa no direito positivo. Com efeito, a linguagem aberta do texto constitucional passou a permitir (e até mesmo a exigir, em virtude da força normativa dos dispositivos constitucionais) que os seus intérpretes [8] recorressem a elementos extrajurídicos (como as correntes da filosofia política e moral), *criando*, efetivamente, o direito. A metodologia empregada, por sua vez, não poderia ser a formalista, considerando-se que não mais havia pronta resposta jurídica às potenciais situações de conflito [9].

Apesar da constatação, a concepção tradicional resistiu (e ainda resiste). Continuou-se a advogar que os órgãos investidos de jurisdição cumpriam uma função meramente cognoscitiva, e não criativa; continuou-se a aplicar, formalmente, a técnica da subsunção dos casos concretos à previsão abstrata constante do ordenamento positivo (ou, ao menos, a se justificar dessa forma as decisões tomadas). Foi então que surgiram diversas críticas à legitimidade da atuação do Poder Judiciário, em especial ao exercício do controle de constitucionalidade. O fundamento apresentado, bastante razoável, era o de que questões políticas eram tratadas como se fossem linguísticas, além de que o discurso da solução única ocultava, em realidade, a escolha entre diferentes possibilidades interpretativas [10] [11].

Em resposta às críticas apresentadas, foram elaboradas teorias que propugnavam pela reabilitação da razão prática na metodologia jurídica, com fim, justamente, de oferecer novos parâmetros de exercício legítimo da jurisdição, principalmente da jurisdição constitucional [12]. Se o fundamento de legitimidade democrática do Judiciário não poderia mais ser considerado, ao menos exclusivamente, o direito positivo e a metodologia formalista, cumpria responder à questão: o que confere, então, legitimidade a esse Poder? Quais os seus limites? Como seria possível interpretar a linguagem aberta do texto constitucional sem, contudo, criar uma instância hegemônica que esvaziasse os âmbitos de competência reservados ao Legislativo e ao Executivo?

Os modelos procedimental, substantivo e cooperativo de democracia deliberativa pretendem oferecer uma contribuição ao debate. Os três admitem a cooriginariedade entre os conceitos políticos de soberania popular e de estado de direito. Em outros termos, reconhecem a possibilidade de que, por vezes, a vontade da maioria política, expressa por meio de normas positivadas, pode ser restrita, para que se garanta o exercício de direitos fundamentais. No entanto, dão ênfase, como sugere a sua denominação, ao papel da deliberação pública. De acordo com eles, um regime somente poderia ser considerado realmente democrático se assegurasse um ambiente deliberativo em que todos os membros da comunidade política pudessem participar. A atuação do Poder Judiciário, sob essa perspectiva, seria legítima quando conseguisse instaurar esse ambiente [13].

As teorias do diálogo, desenvolvidas consideravelmente nos últimos anos, propõem também interessantes parâmetros de exercício legítimo da jurisdição constitucional. Diversamente das teorias da última palavra, que tendem a se inclinar pelo predomínio institucional, seja dos juízes e cortes constitucionais, por um lado, seja de legisladores e parlamentos, de outro, elas destacam, precisamente, o papel que o diálogo interinstitucional deve exercer em uma democracia [14].

Argumentam que, em última instância, a última palavra, estabelecida pelo desenho institucional, será sempre provisória, pois, em posteriores "rodadas procedimentais", a matéria objeto de controvérsia poderá ser revista. O fundamental, nessa perspectiva, é que os Poderes de Estado esforcem-se para ter um "desempenho deliberativo" ideal. Assim, seria aproveitado o "potencial epistêmico" do diálogo, e poderiam ser tomadas decisões que, efetivamente, melhor atendessem aos interesses da comunidade política (ou que, ao menos, comportassem mais adequadamente os conflitos de interesses por ela apresentados).

O projeto desenvolvido teve como *problema de pesquisa* a análise da legitimidade democrática da atuação do STF, sob a perspectiva dos referidos marcos teóricos. Adotou-se, como caso referência, a ADPF 186, na qual o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional a política de cotas étnico-raciais instituída na Universidade de Brasília (UnB), pois, nela, a mera aplicação do método lógico-subsumtivo, baseada na tradicional concepção acerca da relação entre o direito e a política, não seria suficiente ao julgamento da causa.

Objetivo Geral

Analisar a legitimidade democrática da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 186, sob a perspectiva dos modelos de democracia constitucional e das teorias do diálogo.

Objetivos Específicos

Foram três os objetivos da pesquisa:

(a) Identificar o cenário histórico a partir do qual a legitimidade democrática da atuação do Poder Judiciário foi contestada;

(b) Expor os novos parâmetros de legitimidade, apresentados pelas distintos modelos de democracia constitucional e pelas teorias do diálogo;

(c) Apreciar, sob a perspectiva do referido marco teórico, a decisão do STF na ADPF 186.

Metodologia

A pesquisa realizada foi a de tipo descritivo, tendo sido adotada a abordagem qualitativa. No que se refere a seu objeto, pode ela ser classificada como bibliográfica. Foi ainda realizado estudo de caso (ADPF 186).

A pesquisa foi desenvolvida em três momentos. Em um primeiro, realizou-se o levantamento da bibliografia que apresentava uma análise histórica da legitimidade da jurisdição constitucional. Foi ele essencial para que se compreendesse que, a partir do pós-2ª GM e do conseqüente movimento de reconstitucionalização do Ocidente, ela não poderia mais se fundamentar exclusivamente no direito positivo.

Em um segundo momento, estudaram-se os distintos modelos de democracia constitucional e as teorias do diálogo, que têm a finalidade de estabelecer parâmetros de exercício legítimo da jurisdição constitucional, no cenário contemporâneo. No terceiro, analisou-se a legitimidade democrática da decisão do STF na ADPF 186.

Resultados da Pesquisa

A pesquisa desenvolvida concentrou-se na análise do critérios de legitimidade oferecidos, de um lado, pelo modelo cooperativo de democracia deliberativa, elaborado por Cláudio Pereira de Souza Neto, e, de outro, pela teoria do diálogo a que adere

Conrado Hübner Mendes. A seguir, são apresentadas as características primordiais de cada qual, assim como as conclusões a que se chegou, a partir da análise da ADPF 186.

1. Dos modelos de democracia deliberativa

1.1. Do modelo substantivo

A teoria substancialista da democracia constitucional [15], defendida, entre outros pensadores, por John Rawls [16] e Ronald Dworkin, é a que, de modo geral, tem predominado, tanto no plano teórico quanto no prático [17]. De acordo com ela, o regime democrático, diversamente do que se costuma supor, não poderia ser caracterizado como aquele em que prevalece a premissa majoritária (de natureza meramente formal). Seria fundamental que nele fosse garantido um substrato mínimo de justiça material.

Essa corrente teórica se fundamenta no argumento de que, para que se configure o auto-governo, todos os membros de determinada comunidade política devem sentir-se moralmente filiados a ela. Não existindo esse sentimento moral, não seria possível atribuir a vontade política originada a partir da deliberação pública a todo o povo, mas apenas a certos grupos de indivíduos (os incluídos no processo político).

Para que a referida filiação se consolide, todos os integrantes da comunidade devem ser tratados como igual respeito e consideração. A garantia de direitos individuais, especialmente o de categorias sociais minoritárias, é essencial para que se atinja esse objetivo. Assim sendo, a atuação contra-majoritária de instituições (especialmente as jurídicas), se fundamentada na proteção de direitos fundamentais, seria não somente legítima, mas também necessária, em uma democracia constitucional [18]. Essa reserva de justiça é a marca característica da vertente analisada.

Observe-se que, segundo essa concepção, os resultados do processo de deliberação política seriam previamente limitados. Não seria possível, *e.g.*, que, por meio dele, o direito à liberdade religiosa fosse banido. Se isso ocorresse, a filiação moral à comunidade política seria rompida e, por via de consequência, a legitimidade do poder político seria perdida.

Prevalece, assim, de acordo com essa corrente, a interpretação que, no “fórum do princípio” (*principles*), se dê aos direitos constitucionalmente assegurados. Respeitados estes, caberia ao parlamento representativo, por meio do “método puramente estatístico da regra da maioria”, deliberar, no “fórum da utilidade” (*policies*), o restante das questões políticas.

1.2. Do modelo procedimental

O modelo procedimental de democracia constitucional, apesar de também admitir a conciliação entre os ideais políticos de soberania popular e estado de direito, o faz de modo mais restrito. Os que se filiam a essa corrente, como Jürgen Habermas e Jeremy Waldron, defendem que, nas sociedades contemporâneas, caracterizadas pela convivência de diversas doutrinas abrangentes (de natureza filosófica e religiosa), não seria possível firmar um acordo moral quanto ao conteúdo mínimo de justiça exigido pela comunidade política.

Assim sendo, restaria somente a possibilidade de se adotar um acordo quanto ao procedimento a ser seguido no processo de deliberação pública. Seria apenas garantida, nesse procedimento, a igualdade política entre os cidadãos (“um homem, um voto”), os quais poderiam, por meio do exercício de seu direito de participação, tomar coletivamente as decisões que melhor lhes aproovessem.

Note-se que, ao contrário do que defende a teoria substantivista, os resultados da deliberação não são, para a presente corrente, limitados por princípios de justiça derivados de concepções pré-políticas ou propriamente políticas [19]. As decisões da comunidade são fruto do processo político concreto.

A restrição do âmbito de deliberação não faria jus, de acordo com esse modelo, “às expectativas normativas inseridas na esfera pública pelos mais diversos grupos plurais” [20]. A concepção material de legitimidade em que tal restrição se fundamentaria não poderia ser aplicada a sociedades que apresentam elevado grau de complexidade e de divergência política.

Dessa forma, não seria possível, a título de exemplo, que, anteriormente ao debate no espaço público, o direito à liberdade religiosa fosse plenamente assegurado, como ocorreria seguindo-se a teoria normativa substantivista. A sua garantia dependeria da decisão política que viesse a ser adotada [21].

A constatação não significa, contudo, que o modelo não admita limitações à forma pela qual se concretiza a deliberação pública. Tais limitações, no entanto, serviriam, não ao estabelecimento de um substrato mínimo de justiça material, mas à garantia das condições procedimentais nas quais a própria deliberação se assenta.

Assim, seria autorizada a limitação à soberania popular caso se pretendesse excluir do processo deliberativo determinada parcela da comunidade política. O direito à participação política, garantido pelo estado de direito, seria um obstáculo à premissa majoritária. Respeitado esse “consenso procedimental” [22], seria amplo o espectro de decisões que a comunidade poderia tomar.

2. O caminho do meio: as condições para a cooperação na deliberação democrática e o desempenho deliberativo

São ainda oferecidos, no cenário contemporâneo, outros parâmetros ao exercício legítimo da jurisdição constitucional. As “condições para a cooperação na deliberação democrática” e o “desempenho deliberativo” são dois interessantes critérios, dos quais se tratará a seguir.

Destaque-se que ambos pressupõem, como de resto pressupõem todas as teorias democrático-deliberativas, a cooriginariedade entre soberania popular e estado de direito. Admitem, portanto, que, em determinadas circunstâncias, a premissa majoritária pode vir a ser restrita, para que se garanta a integridade do regime democrático.

Lembre-se, ainda, que eles dão ênfase ao papel atribuído à deliberação pública. Assim, são formulados a partir da premissa de que a democracia é caracterizada por um

constante processo de justificação das decisões políticas, e não, simplesmente, pela agregação de vontades individuais.

2.1. As condições para a cooperação na deliberação democrática: um possível critério

O primeiro critério, denominado por Cláudio Pereira de Souza Neto de “condições para a cooperação na deliberação democrática”, insere-se no modelo cooperativo de democracia deliberativa, desenvolvido pelo autor [23]. A finalidade primordial desse modelo é encontrar um ponto de equilíbrio entre o modelo substantivo e o procedimental.

Em outros termos, a sua pretensão é superar a concepção meramente procedimental sem, contudo, estabelecer princípios substantivos de justiça que venham a limitar os potenciais resultados da deliberação pública. As restrições impostas à premissa majoritária seriam, de acordo com o autor, somente aquelas “imanescentes” à própria democracia.

A estratégia adotada é a reunião de argumentos de justificação procedimentais e contratuais. O critério apresentado é o fruto desse esforço teórico. Como sugere a sua própria denominação, existiriam condições essenciais à cooperação na deliberação democrática. Desrespeitadas essas condições, os membros da comunidade política, justamente por não se identificarem com ela, não se disporiam a participar do processo político [24].

Um dos exemplos apresentados por Souza Neto é o da liberdade de expressão. Não sendo garantido, a determinada parcela da população, o direito à livre manifestação do pensamento, os prejudicados não se sentiriam estimulados a cooperar para a efetivação do bem comum. A cooperação, afinal, teria como pressupostos o tratamento de todos com “igual respeito e consideração”, assim como o decorrente sentimento de pertencimento a uma comunidade política.

Repare-se que o critério formulado não se restringe à análise da funcionalidade democrática dos direitos fundamentais, diversamente do que ocorre em determinadas concepções do modelo procedimental (como a advogada por Ely). Garante-se também, por meio dele, o exercício de direitos que, apesar de não contribuírem, de forma imediata, para a formação da vontade política, são essenciais à realização dos projetos pessoais de vida dos membros da comunidade política.

Cabe apresentar, neste ponto, uma crítica. Apesar de o autor ter como pretensão, como se disse, elaborar um modelo democrático-deliberativo que represente um equilíbrio entre o substantivismo e o procedimentalismo, o critério formulado pende, demasiadamente, para a primeira corrente.

Com efeito, ao defender que, não sendo tratados com igual respeito e consideração, os membros da comunidade política, justamente por não se sentirem filiados a ela, não teriam a predisposição necessária para a cooperação na deliberação democrática, o autor parte de uma concepção pré-política [25].

Qual seria, afinal, o limiar de tolerância desse sujeito cooperativo? A partir de que momento ele não mais estaria disposto a cooperar? Não poderia ele, eventualmente, aceitar que alguns de seus direitos fossem restritos e, mesmo assim, manter o seu objetivo de perseguir coletivamente o bem comum?

Percebe-se que a definição desse sujeito não se fundamenta, somente, nas condições “imanescentes” à democracia, mas as transcende. Baseia-se em um modelo bem delineado de sujeito moral, e não no processo político concreto. Em última instância, ela leva justamente ao que o modelo cooperativo pretende evitar: à limitação dos possíveis resultados da deliberação pública [26].

Não obstante a consideração crítica, o modelo desenvolvido pelo autor apresenta enorme contribuição ao debate contemporâneo acerca da legitimidade democrática do exercício da jurisdição constitucional. Por essa razão, serão analisadas, em espécie, as condições para a cooperação na deliberação democrática. O objetivo último é verificar se e como, na ADPF 186, os Ministros do Supremo Tribunal Federal as levaram em consideração, em seus votos.

2.1.1. A liberdade como condição para a cooperação na deliberação democrática

Cláudio Pereira de Souza Neto apresenta, como condições para a cooperação na deliberação democrática, a liberdade e a igualdade. Embora sejam tratadas em tópicos distintos de sua obra, o autor destaca que há uma verdadeira relação de interdependência entre ambas. A disposição para cooperar somente existiria em uma sociedade que assegurasse, concomitantemente, o atendimento das duas [27].

A liberdade dos cidadãos, de acordo com o autor, é essencial à plena soberania popular, pois garante a existência de uma esfera pública autônoma. Se, para as teorias democrático-deliberativas, “a racionalização e a legitimação das decisões políticas dependem de uma troca livre e igualitária de argumentos e contra-argumentos, as decisões tomadas em contextos de desigualdade e censura não podem ser consideradas, pelo menos a princípio, legítimas e racionais”.

Sob esse prisma, a liberdade é uma condição procedimental da democracia. O modelo cooperativo, no entanto, abarca também uma dimensão material fundamental. Assim, garante aos membros da comunidade política uma esfera de liberdade que não se restringe ao processo político de deliberação pública.

Um dos clássicos exemplos de que trata Souza Neto é o do direito à liberdade de expressão, já mencionado. Partindo-se de uma concepção meramente procedimental de democracia deliberativa, o seu âmbito estaria restrito, quase que exclusivamente, ao exercício do voto. Para a concepção cooperativa, porém, a liberdade de expressão seria assegurada inclusive em sua dimensão privada [28].

O fundamento segue a linha de raciocínio demonstrada anteriormente. Se é negado o direito a certos integrantes da sociedade, eles deixam de se sentir membros da comunidade política, por não serem tratados como dignos de “igual respeito e consideração”. Perdem, assim, a disposição para, no espaço público, cooperar na deliberação política.

Isso não significa, contudo, que a limitação à liberdade de expressão, ou à liberdade religiosa, não seja possível, em um regime democrático. Como destaca o autor, poderíamos pensar, por exemplo, “em uma religião que providencie a erosão das instituições republicanas, em prol da fusão entre estado e igreja; em uma religião que, para atrair fiéis, pratique publicamente atos desrespeitosos contra uma outra religião; em um editor que publique obras que promovam o preconceito racial”. Nessas hipóteses, a liberdade poderia sofrer uma restrição por parte do estado.

2.1.2. A igualdade como condição para a cooperação na deliberação democrática

A segunda condição apresentada pelo modelo cooperativo é a igualdade. Essa condição tampouco se restringe à dimensão procedimental, de natureza político-formal [29]. Esta foi, há muito, consolidada na cultura institucional das democracias constitucionais. A ênfase, portanto, é dada ao aspecto material da igualdade, exigida para que se instaure um ambiente favorável à interação cooperativa.

No que se refere ao âmbito político, o padrão de igualdade material exigido pela concepção cooperativa inclui tanto a noção de “acesso” quanto a de “influência”. Não basta, dessa forma, que se garanta o acesso ao procedimento democrático; tem que ser a todos assegurada, igualmente, a “capacidade de exercer real influência” sobre as decisões políticas a serem tomadas pela comunidade. Os que não possuem essa capacidade, afinal, não têm razões para cooperar [30].

Para que se configure um contexto propício à cooperação, pressupõe-se ainda a distribuição justa dos recursos sociais. A igualdade econômica razoável seria “fundamental para que, em um contexto de pluralismo, todos (grupos e indivíduos) se vejam motivados a cooperar no processo político democrático, compreendendo o outro com quem se dialoga como um parceiro na empreitada democrática e não como um “inimigo” que se busca eliminar” [31].

Por fim, deve-se destacar que a igualdade apresentada pelo modelo cooperativo requer, também, a inclusão cultural. Com efeito, não se pode conceber que determinados indivíduos, integrantes de categorias sociais cujas identidades são historicamente discriminadas (p.e., indígenas, negros, homossexuais), disponham-se a cooperar na deliberação democrática, sem que exista o seu devido reconhecimento social.

É por essa razão que a democracia deliberativa, em sua versão cooperativa, admite as políticas públicas de “ação afirmativa”, que tem por fim, justamente, a superação de desigualdades de gênero, de etnia e de condição socioeconômica. Elas permitem a inclusão social de grupos tradicionalmente excluídos, garantindo a sua representação no processo político [32].

2.2. O desempenho deliberativo: um outro critério possível

O desempenho deliberativo, por sua vez, é o critério oferecido por Conrado Hübner Mendes. A sua pretensão, assim como a do critério formulado pelo modelo cooperativo, é apresentar parâmetros de atuação legítima do Poder Judiciário. No

entanto, diversamente das "condições para a cooperação na deliberação democrática", o desempenho deliberativo não é fruto da análise dos modelos de democracia deliberativa, mas do embate, travado em especial no âmbito da ciência política, entre as teorias da última palavra e as teorias do diálogo [33].

As teorias da última palavra pretendem determinar qual Poder de Estado deve, em última instância, decidir sobre questões políticas fundamentais, em uma sociedade democrática. Elas põem em relevo a análise do desenho institucional e tendem, como mencionado anteriormente, a se inclinar pelo predomínio de juízes e cortes constitucionais, por um lado, e de legisladores e parlamentos representativos, de outro. As teorias do diálogo, por seu turno, partem de um recorte analítico "macro", demonstrando o caráter provisório da "última palavra". Ensinam que, em novas "rodadas procedimentais", a decisão adotada, seja por parte de uma corte constitucional, seja por parte de um parlamento, poderá sempre ser revista [34].

O desempenho deliberativo é definido, por Mendes, como a medida de aproximação de um ideal deliberativo, fruto da combinação de elementos procedimentais, de parâmetros éticos e de uma sólida argumentação. Nesse sentido, o desempenho deliberativo de determinada instituição política seria tanto maior quanto maiores fossem a contribuição que ela oferecesse à deliberação pública, a moralidade com que atuasse e a qualidade da argumentação que desenvolvesse. A legitimidade democrática das instituições (inclusive as representantes dos Poderes de Estado) seria analisada, assim, contextual e comparativamente, e não de forma absoluta (como nos modelos de democracia deliberativa) [35].

O autor apresenta quatro contextos, a partir dos quais se pode compreender o conceito de desempenho deliberativo. Em um primeiro, há omissão do legislador no atendimento de deveres constitucionais; no segundo, há ativismo legislativo sem grande consistência deliberativa; já no terceiro, o ativismo legislativo é acompanhado por forte consistência deliberativa (denso debate público); por fim, no quarto, uma corte analisa a constitucionalidade de uma lei antiga, aprovada por gerações anteriores.

Nas palavras do professor, sem entrar "em considerações sobre o eventual grau de inconstitucionalidade da lei, esses contextos, por si sós, insinuam situações bastante diferentes para justificar ou criticar a intervenção judicial. Exceto no terceiro caso, não parece tão difícil, à luz do que foi dito até agora, defender a intervenção da corte. Esta simplesmente chamaria o parlamento a exercer sua responsabilidade deliberativa. O terceiro caso é delicado, mas a recomendação de abdicação judicial, sem mais, é prematura" [36].

Percebe-se que, a depender da situação concreta a ser apreciada pela corte constitucional, deverá ela modular virtudes ativas e passivas. Ou seja, deverá ser ativista, em determinadas circunstâncias, e exercer a autocontenção, em outras. Na primeira hipótese, ela estaria autorizada, em virtude do fraco desempenho deliberativo do parlamento (p.e., casos de omissão, como no primeiro contexto apresentado acima), a "desafiar" a instância popular, apresentando uma argumentação mais sólida [37].

Esse modelo de interação permitiria explorar o potencial epistêmico do diálogo interinstitucional, contribuindo, em última análise, para a tomada de decisões políticas que apresentassem maior "densidade deliberativa". Tais decisões, se não atendessem,

efetivamente, aos interesses da comunidade política, ao menos comportariam de modo mais adequado os eventuais conflitos de interesse existentes em sociedade. Seriam fruto de um espaço público enriquecido, fundamental para a efetivação do regime democrático. É nesse contexto que se insere a análise das políticas públicas de ação afirmativa, objeto da ADPF 186.

Conclusões

A partir da análise da ADPF 186 [39], foi possível chegar a duas conclusões principais [40]:

(a) Os Ministros do STF recorreram, quase que exclusivamente, ao modelo substantivo de democracia constitucional, tendo fundamentado a constitucionalidade da política de cotas étnico-raciais, não no caráter procedimental da garantia de acesso ao ensino superior, mas na concretização de princípios de justiça extraídos de normas constitucionais de natureza indeterminada (como o princípio da igualdade e o objetivo fundamental da República de construir uma sociedade livre, justa e solidária).

(b) Apesar da qualidade da argumentação desenvolvida pelos integrantes da Corte Suprema, foram desconsiderados os critérios de legitimação oferecidos pelos demais modelos expostos. Se a pretensão do órgão de cúpula do Poder Judiciário for consolidar a legitimidade democrática de sua atuação, eles terão que ser enfrentados. Em primeiro lugar, porque, quanto mais diversificados forem os argumentos apresentados, mais sólida será a argumentação elaborada. Em segundo, porque a maior parte das críticas hoje dirigidas à jurisdição constitucional se fundamenta, justamente, nas demais correntes da democracia constitucional, assim como na ausência de um diálogo produtivo entre as cortes constitucionais e os órgãos representativos dos demais Poderes de Estado [41].

Referências

[1] O Estado legislativo de direito, forma tradicionalmente assumida pelo Estado de direito moderno, "assentou-se sobre o monopólio estatal da produção jurídica e sobre o princípio da legalidade. A norma legislada converte-se em fator de unidade e estabilidade do Direito, cuja justificação passa a ser de origem positivista. A partir daí, a doutrina irá desempenhar um papel predominantemente descritivo das normas em vigor. E a jurisprudência se torna, antes e acima de tudo, uma função técnica de conhecimento, e não de produção do Direito" (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009).

[2] Como ensina Ferrajoli, a lei, e não a produção jurisprudencial, era, no Estado legislativo de direito, a única fonte de legitimação da jurisdição. V. FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de derecho*, in Miguel Carbonell (org.), *Neoconstitucionalismo (s)*, 2003, p. 14-17.

[3] Era esse o método de interpretação e aplicação do direito defendido pelo formalismo jurídico tradicional. Segundo ele, caberia ao intérprete enquadrar, por subsunção, o caso concreto analisado à previsão abstrata da lei. Seria encontrada, assim, a resposta jurídica para o conflito a ser dirimido. Destaque-se, apenas, que o termo *formalismo*, aqui

empregado, refere-se a um conjunto de posições que exerceram forte influência em todo o mundo, tais como a Escola da Exegese, na França, a Jurisprudência dos Conceitos, na Alemanha, e o Formalismo Jurídico, nos EUA, "cuja marca essencial era a da concepção mecanicista do direito, com ênfase na lógica formal e grande desconfiança em relação à interpretação judicial" (BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 379).

[4] O Estado constitucional de direito, por sua vez, foi a versão do Estado de direito consolidada a partir do último quarto do século XX, tendo como marca característica a supremacia da Constituição sobre as leis. Transcreva-se trecho esclarecedor de Luís Roberto Barroso: "A validade das leis (no Estado constitucional de direito) já não depende apenas da forma de sua produção, mas também da efetiva compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais, às quais se reconhece a imperatividade típica do Direito. Mais que isso: a Constituição não apenas impõe limites ao legislador e ao administrador, mas lhes determina, também, deveres de atuação. A ciência do Direito assume um papel crítico e indutivo da atuação dos Poderes Públicos, e a jurisprudência passa a desempenhar novas tarefas, dentre as quais se incluem a competência ampla para invalidar atos legislativos ou administrativos e para interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da Constituição." (BARROSO, Luís Roberto, op. cit., pp. 244 e 245).

[5] O livro *A força normativa da Constituição*, fruto da aula inaugural de Konrad Hesse na cátedra da Universidade de Freiburg, em 1959, foi fundamental para o reconhecimento do *status* jurídico dos documentos constitucionais. Há uma versão em língua portuguesa, de 1991, traduzida por Gilmar Ferreira Mendes.

[6] O debate acerca da força normativa da constituição somente se consolidou, no Brasil, na década de 80. Foi especialmente a partir de 1988, com a ampliação do rol de legitimados ativos para a propositura das ações destinadas a impulsionar o controle de constitucionalidade, que o tema assumiu fundamental importância. V. BARROSO, Luís Roberto, op. cit., pp. 262 e 263.

[7] Foi nessa época, inclusive, que se formou a maior parte das cortes constitucionais da Europa continental. Sobre o tema, v. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, 1996, t. 2, p. 383 e s.

[8] Lembre-se de que, no modelo europeu, o exercício do controle compete às cortes constitucionais; no americano, por sua vez, a todos os órgãos jurisdicionais, inclusive os de primeira instância.

[9] Em realidade, jamais houve pronta resposta a todas às potenciais situações de conflito em sociedade, sendo, a completude do sistema jurídico, uma verdadeira ficção. Não há como negar, contudo, que a linguagem aberta dos textos constitucionais, especialmente após o término da II GM, tornou mais complexo o trabalho de interpretação. Afinal, extrair, *p.e.*, o sentido de um instituto de direito civil, como o de bem, exige, por certo, menos do que apreender o significado de "dignidade da pessoa humana".

[10] O fundamento referido é apresentado em BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 379.

[11] As críticas mencionadas destinavam-se ao ativismo judicial. Não há, aqui, espaço para o desenvolvimento do conceito. Para uma análise do tema, v. BARROSO, Luís Roberto. *O controle...*, p. 369 e ss.

[12] As referidas teorias são mencionadas em SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, , p. 1.

[13] Serviu de base ao presente trabalho o livro de Cláudio Pereira de Souza Neto: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

[14] Neste ponto, a pesquisa foi desenvolvida principalmente a partir da obra de Conrado Hübner Mendes: *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 21.

[15] O modelo substantivo de democracia constitucional é uma teoria normativa. As expressões “teorias normativas da democracia” e “modelos normativos de democracia” são intercambiáveis e serão utilizadas no desenvolvimento deste trabalho. Cf.: HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *Lua Nova*, trad. Gabriel Cohen e Álvaro de Vita, n.36, 1995.

[16] Rawls não teve a pretensão de elaborar uma teoria da democracia, mas uma teoria da justiça. No entanto, o pensamento do autor influenciou o desenvolvimento do modelo substantivo de democracia constitucional. Sobre o ponto, ver SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, op. cit., p. 97 e ss.

[17] MENDES, Conrado Hübner, op. cit., p. 21.

[18] Essa é a “concepção constitucional de democracia”, que se encontra em DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 23 e ss. Note-se que, apesar de serem aqui enquadrados em uma mesma corrente, há distinções entre os pensamentos de Dworkin e Rawls. Este autor defende, como uma forma de legitimar o poder político em sociedades plurais, o uso da razão pública, no processo de deliberação política. Tal uso levaria a aplicação de princípios de justiça derivados de uma construção filosófica contratualista, por ele desenvolvida.

[19] Considero, neste ponto, que a concepção contratualista de Rawls é pré-política, enquanto, a de Dworkin, propriamente política. Com efeito, a primeira se origina a partir de um cenário hipotético contrafactual; a segunda, por sua vez, de uma análise política do significado do regime democrático.

[20] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, op. cit., p. 130.

[21] O direito à liberdade religiosa, por não apresentar imediata funcionalidade democrática, *i.e.*, por não ser essencial à formação da vontade política, não seria garantido previamente à deliberação pública, de acordo com o modelo procedimental. Apesar de esse ponto específico (tutela da liberdade religiosa) ser controvertido na obra de Habermas, é defendido nesses termos, na de John Ely. Cf.: BENHABIB, Seyla. Toward a deliberative model of democratic legitimacy. In: *Id.* (org). *Democracy and*

difference: contesting the boundaries of the political. Princeton: Princeton University Press, 1996, apud SOUZA NETO, op. cit., pp. 160 e 161. Ver também: ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*, p. 101 e ss.

[22] Como destaca Cláudio de Souza Pereira Neto, “a abrangência do “consenso procedimental” habermasiano não é tão ampla quanto a do “consenso sobreposto” de Rawls, embora ambos os autores persigam a formulação de normas a partir de um ponto de vista moral, *i.e.*, de um ponto de vista imparcial em relação a qualquer ética substantiva”. Ver SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, op. cit., p. 131.

[23] O referido modelo, desenvolvido na tese de doutorado do autor, é exposto em SOUZA NETO, op.cit., p. 156 e ss.

[24] SOUZA NETO, op.cit., p. 159 e ss.

[25] A semelhança entre a argumentação desenvolvida pelo autor e aquela que elaborada por Dworkin, inclusive, é notória.

[26] Apesar de o autor não admitir, o modelo cooperativo acaba por limitar os resultados da deliberação pública. Como já dito, não seria possível, diversamente do que ocorreria em se adotando um modelo estritamente procedimental, que o direito à liberdade religiosa, *p.e.*, fosse banido.

[27] SOUZA NETO, op.cit., p. 162 e ss.

[28] Trecho interessante é o presente em SOUZA NETO, op.cit., pp. 163 e 164.

[29] Refere-se, no trecho, ao direito à participação política, em especial ao exercício do voto.

[30] V. SOUZA NETO, op.cit., p. 172.

[31] É interessante o pensamento de Daniel A. Bell, no sentido de que “em uma sociedade profundamente polarizada entre ricos e pobres, é difícil imaginar como o povo vai colocar de lado suas diferenças e discutir questões controversas de boa-fé. Em tal contexto, a solução pode ser a expropriação em lugar da deliberação”. (Democratic deliberation: the problema of implementation. *In.*: MACEDO, Stephen [org.]. *Deliberative politics*. Essays on Democracy and disagreement. New York; Oxford: Oxford University Press, 199, p. 73, apud SOUZA NETO, op. cit., p. 169).

[32] V. Souza Neto, op. cit., pp. 173 e 174.

[33] Para uma interessante análise do debate acadêmico referido, cf.: MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

[34] V. MENDES, Conrado Hübner, op. cit., p. 105 e ss.

[35] *Ibidem*, p. 191 e ss.

[36] Os contextos e a consideração do autor encontram-se em MENDES, Conrado Hübner, op. cit., p. 207.

[37] Como enfatiza o autor, desafiar não se confunde com desobedecer. Se, de acordo com determinado desenho institucional, a "última palavra provisória" couber ao Poder Judiciário, *p.e.*, o parlamento representativo deverá respeitar a decisão tomada pela corte constitucional. Poderá ele, no entanto, iniciar uma nova "rodada procedimental", instaurando, novamente, o debate acerca da matéria já decidida. Esse é o significado de "desafio". Cf.: MENDES, Conrado Hübner, op. cit., pp. 204 e 205.

[38] MENDES, Conrado Hübner, op. cit., p. 208 e ss.

[39] Por não estarem disponíveis no sítio eletrônico do STF, os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, proferidos na ADPF 186, foram acessados por meio de gravações do YouTube.

[40] As conclusões foram expostas como proposições objetivas. Pretendo desenvolvê-las em minha monografia.

[41] Não há espaço, neste relatório, para aprofundar o ponto. Cf.: MENDES, Conrado Hübner, op. cit., p. 213 e ss. V. também: WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, v. 115, 2006.