

Judiciário e minorias

GERALDO ATALIBA

Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

a) Compromisso dos juizes

De nada vale fazer uma Constituição, se ela não for obedecida. Não adianta haver lei para tudo, se não for respeitada. Daí a importância do Poder Judiciário. Este merece especial cuidado dos constituintes, porque é a chave de todas as instituições. Elas só funcionam com o virtual ou atual controle do Judiciário, como o demonstra o sábio SEABRA FAGUNDES.

Na nossa sociedade tão deformada, involuída e subdesenvolvida, o Judiciário é mais importante do que nos países adiantados (que, aliás, o são, porque têm boas instituições judiciais).

É que os fracos, os pobres, os destituídos, os desamparados, bem como as minorias (raciais, religiosas, econômicas, políticas, étnicas etc.), só têm

por arma de defesa o direito. E direito só existe onde haja juízes que obriguem o seu cumprimento.

Na democracia, governam as maiorias. Elas fazem as leis, elas escolhem os governantes. Estes são comprometidos com as maiorias que os elegeram e a elas devem agradar. As minorias não têm força. Não fazem leis, nem designam agentes públicos, políticos ou administrativos.

Sua única proteção está no Judiciário. Este não tem compromisso com a maioria. Não precisa agradá-la, nem cortejá-la. Os membros do Judiciário não são eleitos pelo povo. Não são transitórios, não são periódicos. Sua investidura é vitalícia. Os magistrados não representam a maioria. São a expressão da consciência jurídica nacional.

Seu único compromisso é com o direito, com a Constituição e as leis; com os princípios jurídicos encampados pela Constituição e os por ela não repelidos. Com os princípios gerais do direito, que são universais. São dotados de condições objetivas de independência, para serem imparciais; quer dizer: para não serem levados a decidir a favor da parte mais forte, num determinado litígio.

Assim é em todos os países democráticos, que podem ser qualificados como Estados de direito.

A complementação da garantia de que nem as leis feitas pela maioria podem ferir a minoria está no caráter geral e abstrato da lei, por imposição do princípio da igualdade. A lei é aplicável a *todos* que nela se enquadrem. Deve o Judiciário inaplicar lei discriminatória, isto é, a dirigida contra a minoria. Onde se consagra o princípio da isonomia, a lei não pode individualizar situações, não pode dispor sobre caso concreto: deve ser abstrata, sob pena de inconstitucionalidade. E o Judiciário deve declarar inconstitucional tal lei (como ensina CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO).

b) O problema das minorias. Oposição institucional

O notável publicista italiano BALLADORE PALLIERI dá especial ênfase ao problema da representação das minorias e respeito a seus direitos,

expressando grave cuidado doutrinário com o tema, na linha de uma louvável preocupação democrática. É que só há verdadeira república democrática onde se assegure que as minorias possam atuar, erigir-se em oposição institucionalizada e tenham garantidos seus direitos de dissensão, crítica e veiculação de sua pregação. Onde, enfim, as oposições possam usar de todos os meios democráticos para tentar chegar ao governo. Há república onde, de modo efetivo, a alternância no poder seja uma possibilidade juridicamente assegurada, condicionada só a mecanismos políticos dependentes da opinião pública.

Se o cidadão, cada cidadão, é *dono* de uma fração ideal da *res publica*, pode e deve ter o direito de aplicá-la nos fins que bem entender. Sendo todos iguais e livres — ou, como postulava MADISON, “igualmente livres” —, podem manifestar seus desejos e pensamentos em torno da coisa pública, como lhes aprouver. Daí que a verdadeira república democrática, assegurando o direito de opinião, de pensamento, de crença, de associação, de informação etc. deva estender ao plano da cidadania, sem restrições, o direito de dissentir, divergir, discrepar da maioria. Conseqüentemente, têm as minorias o pleno direito de criticá-la (a maioria), formular propostas alternativas, pregá-las, aliciar adeptos e lutar, por todos os meios legítimos, para obter apoio suficiente, para fazer-se substituir à corrente majoritária.

Toda minoria deve ter efetiva e real garantia de possibilidade de transformar-se, pela discussão, pregação e crítica, em maioria. 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. Ainda aqui, estaremos aprendendo com a Inglaterra, onde a *oposição de Sua Majestade* institui até um *shadow cabinet*, para melhor exercer seu papel, preparando-se, concomitantemente, para assumir o poder a qualquer momento. Isto mostra que as repúblicas representativas sempre tiveram o que aprender com a monarquia constitucional inglesa.

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 ações do governo da maioria que o sustenta. Correlatadamente, crítica, 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.

Efetivamente, ensina KELSEN, “o princípio da maioria não se identifica de fato com a senhoria absoluta da maioria, a ditadura da maioria sobre a minoria. A maioria pressupõe, por definição, a existência de uma minoria; e o direito da maioria implica, portanto, o direito de existência das minorias. O princípio de maioria é observado em uma democracia, quando se consente a todos os cidadãos a participação na criação da ordenação jurídica, embora seu conteúdo seja determinado pela vontade da maioria. Não é democrático — porque contrário ao princípio da maioria — excluir qualquer minoria da criação da ordenação jurídica, ainda que a exclusão seja decidida pela maioria. Se a minoria não é eliminada do procedimento — mediante o qual é criada a ordenação social —, sempre há a possibilidade de que a minoria influencie a vontade da maioria. É, portanto, possível impedir, nessa medida, que o conteúdo da ordenação social determinado pela maioria se oponha absolutamente aos interesses da minoria. Este é um elemento característico da democracia”. Isto é absolutamente essencial à República.

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. Isso explica que, no Brasil, aos partidos políticos se garanta sempre representação proporcional na atividade legislativa, bem como seja princípio constitucional o da *pluralidade dos partidos*. Por isso, também, a Constituição assegura, no Congresso, representação proporcional dos partidos, na constituição de todas as comissões, inclusive, evidentemente, na Comissão Diretora, configurada pela Mesa de cada Casa legislativa.

Pela proteção e resguardo das minorias e sua necessária participação no processo político, a república faz da oposição instrumento institucional de governo.

Argutamente, observa COOLEY que: “longe de ser um governo fundado sobre uma ilimitada fé nas maiorias, há uma profunda suspeita na discricção, eqüidade e justiça da sua conduta, o que parece evidente, à vista das muitas precauções e refreamentos; e, de fato, à maioria é confiado o poder somente tanto quanto for absolutamente essencial ao desempenho das instituições republicanas”. É que a experiência histórica — sublinha BALLADORE — ensina que a tirania das maiorias não é, em nada, mais suave nem mais tolerável do que o despotismo de um só, ou de um grupo. São suas lições: “Não se pode dizer que as pessoas têm menos necessidade de defesa contra o Estado, após haver este adotado formas democráticas, sendo, pois, dirigido pela própria vontade popular. A vontade popular será, de fato, na melhor hipótese, de uma maioria e esta poderá também governar o Estado segundo os seus interesses particulares, sobretudo acima daqueles gerais, de todos, e poderá buscar somente consolidar o próprio poder, em vez de curar os interesses permanentes e gerais da coletividade, podendo adotar medidas contra os dissidentes e menoscabar, também, seus mais elementares direitos. A prática demonstra que as tiranias democráticas, isto é, aquelas exercitadas por uma intransigente maioria no poder, são as mais ferozes que a história conhece. O princípio democrático e o poder nas mãos do povo não garantem, portanto, justiça objetiva e serena na avaliação, nem respeito equânime a todos os interesses individuais, ou mesmo particulares — diferentes e muitas vezes contrapostos — àqueles do grupo que está no poder”.

É imperioso que a Constituição não só garanta a minoria (a oposição), como ainda lhe reconheça direitos e até funções. Esse é o ponto de partida para o desenvolvimento de um sadio mecanismo político, assim descrito por KELSEN: “Desde que o princípio das maiorias divide a totalidade de cidadãos em só dois grupos contrapostos (maioria e minoria), suscita a possibilidade de um compromisso; e compromisso significa eliminação do que separa, em favor do que une. Todo intercâmbio, todo *pacto* é um compromisso, pois o compromisso é um pôr-se de acordo. Em última análise, toda integração social só é possível em virtude de um compromisso”.

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

política. Aí a diferença entre a (falsa) república soviética e a república representativa que queremos institucionalizar solidamente entre nós.

“E precisamente porque compromisso é aproximação real à unanimidade (exigida pela liberdade), na criação da ordenação social, pelos a esta submetidos, o princípio de minorias revela-se também neste sentido, como expressão da idéia de liberdade política” (KELSEN). Nesse sentido, realiza o princípio republicano.

c) Experiência brasileira e momento constituinte

Ao elaborar uma nova Constituição a sociedade pára, a fim de meditar sobre sua experiência e aprimorar — quando não reformar totalmente — suas instituições.

Tivemos, no Brasil, de 1964 até 1984, um regime autoritário, que legislou contra as minorias políticas, sociais e econômicas. Tivemos governos confessadamente discriminatórios. Neste momento constituinte, o País detém-se para meditar sobre qual foi a proteção que dispensou o Judiciário aos apelos — baseados no direito constitucional, nos princípios gerais do direito e nas próprias leis do regime autoritário — das minorias. Que amparo deu o Judiciário aos cassados, exilados, torturados, perseguidos, humilhados, enxovalhados? Que recursos foram acolhidos? Que direitos foram reconhecidos e protegidos?

Enfim: a sociedade julga e seu Poder Judiciário verifica as causas e razões de suas deficiências. Verifica por que o Legislativo foi arrasado; como a Federação foi anulada e a autonomia dos Municípios negada, sem proteção judicial. E decide alterar a estrutura e regras básicas de funcionamento do Judiciário, para aprimorá-lo e dar-lhe condições objetivas de bom funcionamento, consciente de que não basta fazer uma boa Constituição, mas é necessário assegurar que ela tenha eficácia de modo que nenhum grupo, no futuro, possa desrespeitá-la.

O PMDB, hoje, nítida maioria, tem a histórica responsabilidade de plasmar instituições constitucionais tão boas que não consintam o desamparo das minorias, para ser fiel a seu compromisso programático com a república e o Estado de direito.