

## O fator jabuticaba e a Constituição brasileira

---

**Resumo:** Este artigo analisa criticamente a essência ontológica da Constituição Federal do Brasil de 1988 e suas assimetrias, desde a influência do fator jabuticaba na sua conformação e na sua concretização, para questionar a existência ou não de sua força normativa e sua absorção num sistema marcado por desigualdades, discriminações e distorções sociais e por uma configuração assimétrica que rompe com a tripartição de poderes. Para isso elege como verdades a serem questionadas quatro pontos, comparando-os com as propriedades da fruta brasileira: o da introjeção da carta axiológica na sociedade; o da viabilidade das ações afirmativas; o da harmonização do núcleo fundamental da Constituição com o ordenamento jurídico brasileiro; e o da vivência constitucional, defendendo a ideia de que deve ser contido o excesso de constitucionalização para se evitar a perda da força normativa de um texto que é um amálgama da cultura brasileira.

**Palavras-chave:** Constituição. Princípios. Valores. Sistemas de governo. Ações afirmativas. Força normativa.

### “Jabuticaba” factor and the Brazilian Constitution

**Abstract:** This paper critically analyses the ontological essence of 1988 Brazilian Federal Constitution and its asymmetries, since the influence of “jabuticaba” factor in its conformation and realization, in order to question the existence or not of its normative strength and absorption in a system marked by disparities, discriminations and social deviations in addition to an asymmetric conformation which breaks with tripartite of powers. For this analysis, it selects four points to be questioned as true, comparing them with the Brazilian fruit properties/qualities; the one of the axiological letter introjections in society; the viability of affirmative actions ; the accommodation of the basic core of Constitution with the juridical Brazilian law; and the Constitutional existence supporting the idea that excess of constitutionalization must be restrained in order to avoid the loss of the Magna Carta normative strength , which is an amalgam of Brazilian culture.

**Key words:** Constitution. Principles. Values. Governing systems. Affirmative actions. Normative force.

---

\* Doutorando em Direito Público pela Instituição Toledo de Ensino – Bauru, SP; Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL, PR; Especialista em Administração, Planejamento e Marketing pela Universidade Estadual de Maringá – UEM, PR; Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Universidade Estadual de Maringá – UEM, PR; Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá – UEM, PR; Professor Assistente do Departamento de Direito Público da Universidade Estadual de Maringá – UEM, PR; Professor de pós-graduação da UNIVEL – Cascavel, PR; Advogado. Maringá, Paraná, Brasil. E-mail: nilson8951@gmail.com.

## Introdução

A Constituição Federal do Brasil, decorridas pouco mais de duas décadas de sua promulgação, tem sido objeto de críticas, positivas e negativas, quanto ao que se pode chamar de retórica detalhista-determinista, mercê de abrigar, em seus duzentos e cinquenta artigos, uma conformação híbrida de princípios cardeais e disposições técnico-organizatórias.

Este cenário, além de propiciar uma voracidade modificativa, que se traduz em sessenta e quatro emendas ao texto original,<sup>1</sup> implicaria, para alguns, a perda da clássica indeterminação principiológica e, de consequência, no esvaziamento da força normativa da Constituição.

Por isso, a Constituição Federal de 1988 tem sido alvo de várias tentativas de redução de texto, sob o argumento de que “a esperança depositada nesse instrumento está sendo solapada pela ineficácia de suas normas”.<sup>2</sup>

Daí ser oportuno questionar se, abstraídas as disposições de índole técnico-organizatória, a Constituição Federal de 1988 pode ou não limitar-se a alguns poucos princípios fundamentais em condições de serem desenvolvidos com o objetivo de evitar a desvalorização da sua força normativa.<sup>3</sup>

Tal indagação radica na questão da tensão permanente entre a norma constitucional gestada e a realidade; da imersão, em texto constitucional, de garantias resolutivas da problemática social; e, em última análise, da inserção, naquela Constituição, de direitos e políticas públicas como assecuração do pacto social democrático.

Por outro lado, o tema pode fazer revelar uma habitual predisposição, se não preconceito (ainda que jocosamente formulado), quanto ao fato de que algo deve haver de errado em alguma coisa que exista somente no Brasil e que não seja jabuticaba:<sup>4</sup> a inusitada prodigalidade do texto constitucional na enumeração de direitos sociais, por exemplo, sobre não implicar

---

<sup>1</sup> A Emenda Constitucional 64 foi publicada em 05 de fevereiro de 2010.

<sup>2</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de; CARNEIRO, Sérgio Barradas. É preciso “enxugar” a Constituição. *Folha de São Paulo*, 17 ago. 2009, p. A3. Os articulistas, deputados federais, são autores do Projeto de Emenda Constitucional 341/09, em trâmite no Congresso Nacional, voltada à redução do texto constitucional para um total de 70 artigos, sob o argumento de suprimir da Constituição “matéria que não é constitucional”.

<sup>3</sup> LORA ALÁRCÓN, Pietro de Jesús, desde HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 21. Anotações de sala de aula da disciplina Paridade, Inclusão e Alteridade, do programa de Doutorado em Direito da Instituição Toledo de Ensino, Bauru: ITE, 2009.

<sup>4</sup> *Myrciaria cauliflora*, originária do Brasil e conhecida em todo o território nacional desde a época do descobrimento do país.

necessariamente a efetivação de tais direitos, se prestaria mais a um simbolismo constitucional do que em uma instrumentalização modificadora da vida das pessoas.

Sucedem que as respostas à questão acima podem ser tracejadas desde a comparação com alguns axiomas delineados exatamente a partir das similitudes entre a Constituição Federal de 1988 e a jabuticaba.

## O primeiro axioma: a popularização da norma

Assim como a jabuticaba,<sup>5</sup> cuja casca é dotada de alta concentração de antocianinas<sup>6</sup> que lhe emprestam um peculiar matiz arroxeado – que serve de atrativo aos pássaros que espalham suas sementes, garantindo assim a perpetuação da espécie, a Constituição tupiniquim de 1988, mais do que as suas predecessoras, exatamente por sua compleição quase exaustiva de direitos e garantias, tem sido (re)conhecida, absorvida e executada em quase todas as camadas populacionais de todas as regiões do país, incorporando-se ao cotidiano do brasileiro, cujo vocabulário introjetou como natural a antinomia constitucional/inconstitucional como ponto de partida e de chegada para quaisquer discussões.

De fato, edite-se uma lei impondo restrições a quaisquer liberdades, e de imediato o mais inculto dos brasileiros indaga da sua constitucionalidade. Negue-se a satisfação de uma necessidade, e de pronto o insatisfeito, ainda que analfabeto, arguirá violação a direito líquido e certo. Estabeleça-se um pedágio rodoviário, e provavelmente até o condutor do carro de boi, ainda que analfabeto, clamará por sua liberdade de ir e vir...

É verdade que, tal qual a fruta, também conhecida por sua delicadeza e fragilidade, a Constituição brasileira não superou, ainda, as dificuldades de eficaz “armazenamento” garantidor da erradicação das diferenças ambientais<sup>7</sup> nos vários estamentos nacionais, inclusive dos próprios Poderes Públicos.

Isso, porém, não invalida o primeiro axioma, a inserção de uma norma constitucional típica na *práxis* brasileira, não por força de uma aculturação alienígena e exótica, mas graças à institucionalização derivada de sua identidade genética, *constructo* histórico-cultural-ideológico genuíno do povo brasileiro.

---

<sup>5</sup> Do tupi, fruto em botão.

<sup>6</sup> A concentração é de 314 por grama, enquanto a amora possui 290 e a uva 227.

<sup>7</sup> Aqui, no sentido de *ethos*.

É que a Constituição Federal de 1988 foi redigida de modo pormenorizado como resposta ao momento histórico pós-ditadura que exigia a absorção, no texto, de direitos individuais e sociais e de políticas públicas como garantias da realização das esperanças do novel pacto, social-democrático, robustecida sua arquitetura pela inclusão universal de políticas sociais e de mecanismos de participação social.

Essa essência ontológica só foi possível de ser construída porque o processo constituinte da Carta de 1988 teve como protagonista, quiçá, a mais diversificada representatividade da sociedade brasileira da história do País na Assembleia Constituinte, o que propiciou ressonância das discussões às inúmeras pressões de quase todos os setores da vida nacional, ansiosos pela volta à democracia.

No limite, pode-se utilizar, para a gênese daquela constituição, a percuente afirmação de Millán-Puelles, ainda que proferida em outro contexto, acerca da mudança atitudinal, de “el hombre tiene historia” para esta outra: “el hombre es su historia misma”.<sup>8</sup>

É graças a esta nova visão, em que se inculcam os princípios e valores constitucionais no próprio povo, não mais aprisionados em cenáculos de eminências (jurídicas ou políticas), que se autoriza concluir, contrariamente à retirada de conteúdos tidos como inócuos ou estranhos à matéria constitucional, e após duas décadas de vivência sob a égide daquela Constituição, com Fleury e Moroni:

A situação atual [2009] de tranquilidade e liberdade é fruto exatamente da garantia dos direitos individuais e sociais garantidos no texto constitucional e da institucionalidade democrática ali desenhada.<sup>9</sup>

Dessarte, se de um lado procedem as alegações de que as Constituições não foram feitas para sempre, de outro parece ser inegável que elas devem ser eternas enquanto durem, perenes como as nativas jabuticabeiras.

## **O segundo axioma: a viabilização das ações afirmativas**

Como lembrado, a casca da jabuticaba contém antocianinas,<sup>10</sup> dotadas de potente ação antioxidante, o que lhe confere importante poder medici-

---

<sup>8</sup> MILLÁN-PUELLES, A. *Ontología de la existencia histórica*. Madrid: Rialp, 1955. p. 167.

<sup>9</sup> FLEURY, Sonia; MORONI, José. Enxugar a Constituição é um retrocesso. *Folha de São Paulo*, 10 set. 2009, p. A3.

<sup>10</sup> Fibra indicada no combate ao colesterol.

nal na prevenção de infartos coronários. Contém também pectina,<sup>11</sup> indicada não apenas para coadjuvar a digestão, mas também, para a eliminação de toxinas do organismo humano.

Da mesma sorte, a vigente Constituição Federal do Brasil alberga inúmeros dispositivos que se prestam a erodir desigualdades e, em especial, obstruções conservadoras e elitistas de tónus neoliberais, preventivos de uma derrocada do projeto estruturado de Estado-Nação.

Mercê do poder desobstrutivo da previsão programática inserta nos textos constitucionais, a confiança na efetividade da Constituição é assegurada, de um lado, pelo sistema de contrapesos entre os Poderes da República e, de outro, pela viabilização de ações afirmativas mediante as quais o Poder Judiciário tem realizado a Constituição à míngua (ou no déficit) de legislação infraconstitucional.<sup>12</sup>

A ação antioxidante da Constituição se obtém pelo estabelecimento e execução de políticas públicas, que podem ser conceituadas como sendo mecanismos de identificação de objetivos sociais e de estabelecimentos de meios para sua realização, como destaca Grau:

A expressão política pública designa atuação do Estado, desde a pressuposição de uma bem demarcada separação entre Estado e sociedade [...]. A expressão “políticas públicas” designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social.<sup>13</sup>

Tal conceituação exige ter-se presente que o Brasil é uma república democrática, com *locus* de participação bem definidos dos diversos atores que a compõem.

Assim, ao Estado incumbe o estabelecimento<sup>14</sup> do conjunto de estratégias e diretrizes básicas para que sejam atingidos os objetivos de se construir uma sociedade livre, justa e solidária; de se garantir o desenvolvimento nacional; de se erradicar a pobreza e a marginalização e as desigualdades sociais e regionais; e especialmente no que diz respeito a este estudo, de se promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> Vitamina do complexo B.

<sup>12</sup> Presta-se como exemplo paradigmático dessa realização a concreção do direito à saúde, por mandados judiciais, ausente ainda a fonte regular de financiamento da política nacional para tanto.

<sup>13</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 21.

<sup>14</sup> E também sua implementação, gestão e fiscalização.

<sup>15</sup> Art. 3º, Constituição Federal de 1988.

A participação da sociedade destinatária desses desideratos deve, pois, ser de cooperação e fiscalização, o que tem sido implantado pelas políticas de parceria na gestão de programas específicos, para citar apenas uma das formas de colaboração.

É nesta tessitura que liga sociedade e Estado que se incluem as chamadas ações afirmativas que envolvem diversas medidas positivas voltadas à promoção da inclusão social (daí serem nominadas, na Europa, como discriminação positiva).

Gomes define ações afirmativas como

[...] um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.<sup>16</sup>

Em outras palavras, as ações afirmativas se prestam à defesa do valor da igualdade enquanto respeito à dignidade da pessoa humana, o que sabe ser fundamental em uma sociedade prenhe de discriminações negativas e de distorções sociais.

Ao contrário da jabuticaba, contudo, as ações afirmativas não são originárias do Brasil, sendo certo que as políticas de ações afirmativas surgiram nos Estados Unidos como tentativa de se concretizar o princípio da igualdade de oportunidades no mercado de trabalho, vez que brancos e negros se situavam histórica e culturalmente diferenciados graças à discriminação e à escravidão.

Souza Neto e Ferez Junior<sup>17</sup> mencionam ter sido a Índia o primeiro país a implantar políticas de ação afirmativas, ainda na época de colônia britânica, e que foram ratificadas na Constituição de 1950, observando que muitas vezes a principal motivação dessas políticas era a divisão dos colonizados e seu enfraquecimento perante os dominadores, e identificando quatro princípios justificadores:

---

<sup>16</sup> GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>17</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; FERES JÚNIOR, João. Ação afirmativa: normatividade e constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. São Paulo: Lumen Juris, 2008. p. 345 e segs.

1) *compensação*, também denominada aqui de *reparação*, por injustiças cometidas no passado contra um determinado grupo social; 2) *proteção dos segmentos mais fracos da comunidade* – cláusula definida do artigo 46 da Constituição indiana, que tem a promoção dos *dalit* (intocáveis) como objetivo fundamental, mais tarde estendida a outros segmentos sociais minoritários; 3) *igualdade proporcional* – a ideia de que as oportunidades de educação e emprego devem ser distribuídas em proporção ao tamanho relativo de cada grupo na sociedade total; e 4) *justiça social*, em que o conceito de justiça distributiva se encaixa.<sup>18</sup>

Como reconhecem os autores citados, porém, é a experiência norte-americana a mais significativa para o estudo da ação afirmativa no Brasil, seja pelas similaridades históricas com grande visibilidade para a cultura negra de ambos os países, seja pela influência mundial daquela cultura estadunidense.

Por tais razões, tem-se como assente que a recepção das políticas de ações afirmativas no ordenamento jurídico do Brasil se deu pela importação das originárias dos Estados Unidos da América.<sup>19</sup>

A primeira questão que tal fato suscita é se essa importação implicou enxerto institucional ou aclimatação da espécie alienígena, posto ser sabido que os híbridos são frequentemente estéreis.

Neste contexto, um primeiro e crucial ponto de reflexão na terra das jabuticabas se impõe: quem seriam as autoridades competentes para produzir tais políticas de discriminação positiva? A ambiência propícia à gestão dessas políticas, seria a do Poder Executivo? Ou a do Legislativo? Ou de ambos os poderes? E isto excluiria o Judiciário? Como deve ocorrer a participação da sociedade?

Para tentar responder tais questões, é curial que se entendam as ações afirmativas desde sua gênese histórica, ainda que sem a pretensão tratadista de exaurir a pesquisa.

Nos Estados em que as sociedades eram bastante homogêneas, como ocorria na Idade Média, construiu-se um mecanismo lógico para solucionar conflitos políticos: a regra da maioria, que pressupunha homens li-

---

<sup>18</sup> Id., *ibid.*, p. 346.

<sup>19</sup> NEME anota que “O termo ação afirmativa foi usado pela primeira vez por um oficial afro-americano na administração Kennedy, Hobart Taylor, para descrever a Comissão de Práticas de Emprego Justas (Fair Employment Practices Commission) que possibilitava a uma pessoa discriminada em razão de sua raça reclamar junto à Comissão”. (Os modelos americanos e as ações afirmativas. In: NEME, Eliana Franco (Coord.). *Ações afirmativas e inclusão social*. Bauru: Edite, 2005. Nota 9, p. 306.)

vres, iguais, e com as mesmas necessidades, e legitimava decisões (políticas e jurídicas) decorrentes da sua estrita observância.<sup>20</sup>

Com o aparecimento (ou reconhecimento) da existência de minorias desassistidas, mesmo em sociedades plurais, aquela regra mostrou-se ineficaz para proteger as minorias contra tratamentos discriminatórios, e tornou-se necessário o estabelecimento de comunicação dentre os diversos estamentos sociais para viabilizar não só o compartilhamento do poder, mas a própria paz social derivada do respeito à individualidade humana.

Advirta-se, aqui, com Ackerman, quanto ao perigo de uma excessiva ruptura político-social que pode ser propiciada pelo radical apego ao pluralismo:

[...] como a análise pluralista às vezes se degenera em pura apologia, ela positivamente provoca um tipo poderoso de crítica: a busca por interesses suprimidos. Este fato envolve a identificação de grupos que, por uma ou outra razão estrutural, vivenciam profundas dificuldades de encontrar espaço no mundo pluralista. Os negros e outros grupos menos favorecidos lideram a lista, que tem aumentado com o tempo, para incluir mais interesses difusos, tais como o ambiental e do consumidor. Como o número e a diversidade desses grupos enfraquecidos se tornou aparente, o pluralismo estadunidense começou a mostrar a sua nocividade.<sup>21</sup>

O primeiro documento oficial norte-americano a usar a expressão *affirmative action*, a *Executive order 10.925*, foi expedido pelo Presidente Kennedy em 1961, criando órgão fiscalizador e repressor da discriminação no mercado de trabalho, sendo sintomático que seu subscritor, ele próprio integrante de uma minoria de imigrantes irlandeses e católicos, tenha priorizado em sua campanha eleitoral a proteção a classes minoritárias.<sup>22</sup>

Em 1964, o Presidente Lyndon Johnson conseguiu a aprovação de vários projetos voltados à repressão da discriminação, dentre os quais se destaca o *Civil Right Act*, por força do qual ficou vedada a discriminação ou segregação em espaços públicos e no mercado de trabalho.<sup>23</sup>

Essa origem positivada das ações afirmativas não teve o condão de restringi-las aos Poderes Executivo e Legislativo, até pelo crescimento de pro-

---

<sup>20</sup> No sentido do texto, consulte-se, por todos, MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

<sup>21</sup> ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: DelRey, 2007.

<sup>22</sup> Cf. MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 88.

<sup>23</sup> Citado por MENEZES, Paulo Lucena de. Op. cit.



cessos judiciais envolvendo o tema da discriminação, no mais das vezes questionando sua constitucionalidade, sendo emblemático que os primeiros *cases* tiveram como pano de fundo a questão educacional e o racismo.

Assim, também o Poder Judiciário passou a estabelecer ações afirmativas, fundadas na interpretação constitucional em uma perspectiva de atualização contemporânea, em um proativismo que ensejou uma postura de ativismo judicial,<sup>24</sup> por muitos criticável pela imprecisão de limites – notória ameaça à separação e independência dos poderes republicanos.

Este mecanismo inclusivo em que se traduz a ação afirmativa, embora não tenha sido contemplado na Constituição Federal de 1988 com norma expressa,<sup>25</sup> foi recepcionado transversa e implicitamente por várias previsões constitucionais brasileiras desde as diretrizes lançadas em seu Preâmbulo acerca dos valores da igualdade e da justiça, e da perseguição do construto de uma sociedade igualitária e não discriminadora.

Essas previsões têm suscitado a implantação de ações afirmativas de modo pontual e tópico, não necessariamente como consequência de programas federais integrados, com o que se geram inúmeros questionamentos quanto à sua constitucionalidade ainda não solucionados em definitivo pelo Poder Judiciário.<sup>26</sup>

Exemplo das dificuldades de implementação de ações afirmativas é o fato de o Estatuto da Igualdade Racial estar tramitando no Congresso Nacional há mais de uma década, sem solução ainda neste ano de 2010.

Para obter-se a aprovação do projeto pela Câmara Federal, em 9 de setembro de 2009, foi necessária a exclusão de importantíssimas questões – dentre elas, a regularização de terras de quilombos; a identificação de pa-

---

<sup>24</sup> Anote-se que o ativismo é caracterizado pela “[...] intervenção dos tribunais no mérito de certas valorações legislativas e administrativas – que se manifesta destacadamente pelo uso substantivo da cláusula do devido processo legal”, cf. BARROSO, Luiz Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 336, out./dez. 1996, p. 126.

<sup>25</sup> O que não significa que o fator jabuticaba não tenha atuado: há, por exemplo, uma espécie de ação afirmativa no artigo 37, VIII, da Constituição Federal de 1988, prevendo a reserva de percentual de cargos e de empregos públicos para pessoas com deficiência, o que atende ao conceito de libertação e de inclusão social.

<sup>26</sup> Neste sentido, veja-se a análise sobre a legislação do sistema de cotas étnicas do Mato Grosso do Sul e a inexistência de formação de convencimento definitivo do Poder Judiciário, por não terem sido interpostos recursos às primeiras sentenças prolatadas no País contra aquele sistema, “mantendo assim o status de falsa legalidade do sistema”. SILVA, Marcelo Andrade Campos Silva. Cotas Étnicas: falsa proteção social e sua inconstitucionalidade. *Revista de Direito da Universidade Municipal de São Caetano do Sul*, São Caetano do Sul, USCS, ano 10, n. 16, p. 33, 2009.

cientes por sua etnia para efeito de atendimento pelo Sistema Único de Saúde e a definição de cotas étnicas em universidades e nos veículos de comunicação.

Esse mesmo projeto de Estatuto se presta a mostrar que um dos óbices à efetividade das ações afirmativas no Brasil é a não compreensão do próprio conceito de discriminação e da diferença.

Assim, aquele Estatuto prevê a proibição da exigência de boa aparência e de foto em currículo, para fins de emprego, ação que é, em si mesma, absurdamente racista, eis que sua premissa parece radicar na falsa e ilógica ideia de que má aparência seria atributo exclusivo de determinada etnia.

Da mesma sorte, com as discussões daquele Estatuto, reabrem-se cicatrizes da chaga social da escravidão, como se nota nas palavras do assessor da Promoção da Igualdade Racial de Maringá: “Em vez de reparar os negros, proclamaram a República e (disseram que) todos são iguais perante a lei. Queremos reparação”.<sup>27</sup>

Na mesma entrevista, Félix aduz que foram seus ancestrais que ensinaram ao País a tecnologia do plantio e colheita, e que, ao final, “foram jogados sem ter o que fazer e sem ter onde morar”.

Não parece ser este o melhor discurso para a superação da discriminação por etnia no Brasil, seja pela impossibilidade de se identificar quais seriam os legitimados a serem beneficiados por indenização (de se lembrar o altíssimo nível de miscigenação da população brasileira), seja por implicar a perpetuação da diferença discriminante.

Este, aliás, é um dos pontos sobre os quais não se têm, ainda, noções claras na doutrina e na jurisprudência brasileiras, e que repercute na inefetividade das políticas protetivas das minorias: o respeito à diferença, a ser validado por ações afirmativas, não prescinde do caráter de temporariedade dessas ações, sob pena de cristalização da discriminação como condenação perpétua de exclusão ao discriminado.

De qualquer sorte, as políticas públicas de ações afirmativas devem ser gestadas e implementadas com a coparticipação de organismos sociais com representatividade dos vários estamentos e dos órgãos estatais, sob a fiscalização do Ministério Público e do Poder Judiciário.

---

<sup>27</sup> JESUS, Ademir Félix. Estatuto da Igualdade Racial, que tramita no Congresso Nacional, garante direitos a negros. *Jornal da Universidade Estadual de Maringá*. Maringá, PR, UEM, ano 10, n. 85, out. 2009, p. 4.

Nesta seara, é fundamental a oxigenação do Poder Judiciário brasileiro a fim de fazer superar o conservadorismo e interpretar a Constituição de modo concretizante, não se limitando a referendar políticas públicas sob o argumento da independência dos Poderes, tendo como norte a tutela das minorias e como leitura de cabeceira a advertência de Verdú sobre o fato de serem as garantias jusfundamentais os *landmarks* da interpretação das normas:

[...] em síntese, já não são os direitos fundamentais que se movem dentro das limitações legais e constituídos por estas, e sim exatamente o contrário: são as leis que se movem conforme os direitos fundamentais.<sup>28</sup>

Por isso que Appio afirma:

[...] sustento que os juízes estão constitucionalmente autorizados a empregar uma abordagem ativista na interpretação das leis e atos do governo que violem a igualdade perante a Constituição por meio de um tratamento discriminatório. A diferença entre discriminação legal e distinção legal reside no fato de que as minorias são objeto de discriminação. Uma minoria, por sua natural incapacidade de, efetivamente, interferir no processo político, graças ao preconceito, deve receber especial proteção judicial. As demais classes de pessoas ou grupos econômicos que detenham a capacidade de interferir no jogo político devem recorrer às urnas e não aos tribunais.<sup>29</sup>

Aduza-se, ainda, que para o controle judicial das políticas públicas, voltado não apenas à correção destas, mas, inclusive, para sua implantação, o sistema processual brasileiro dispõe de inúmeros instrumentos, com destaque às ações coletivas, em especial a ação civil pública e às audiências públicas – inclusive com a participação de *amicus curiae*.

Freire Junior<sup>30</sup> anota que também o controle concentrado de constitucionalidade<sup>31</sup> se presta à efetivação de políticas públicas, o que a *práxis* não confirma, seja pela restrição dos legitimados ao seu manejo, seja porque, no caso de omissões constitucionais, o Supremo Tribunal Federal tem-se limitado a comunicar a constatação ao Poder Legislativo.

---

<sup>28</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. El sentimiento constitucional. Madrid: Réus, 1985, p. 202. Tradução livre do original: “En resumen, ya no son los derechos fundamentales los que se mueven dentro de las limitaciones legales y constituídos por éstas, sino justamente al revés: son éstas las que se mueven conforme a los derechos fundamentales”.

<sup>29</sup> Autor e ob. cit., p. 346.

<sup>30</sup> FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 109.

<sup>31</sup> No Brasil, esse controle pode ser feito pela arguição de descumprimento de preceito fundamental, pela ação declaratória de constitucionalidade, e pela ação direta de inconstitucionalidade, reguladas pelas Leis 9.8868/99 e 9.882/99.

Todavia, tal qual a jabuticaba que não tem viabilizada sua disseminação no mercado, e que no mais das vezes não é valorizada como genuinamente nacional, o Ser, quando diferente da maioria, é um ser invisível, não reconhecido pela sociedade e pelo Estado, sempre que não é viabilizada ou cerceada sua organização em grupos ou negada sua possibilidade de apresentar seus interesses específicos e de participar da tomada de decisões sobre eles.

As providências e os mecanismos adotados pelo Brasil para a defesa das minorias e dos grupos vulneráveis não se têm mostrado aptos a assegurar a participação de seus integrantes, nem no processo decisório, nem na efetivação dos seus direitos.

Para exemplificar essa inaptidão, basta lembrar que não há, no Brasil, estímulo à integração das minorias dentro do sistema político, sequer no dos partidos políticos, embora estudos apontem isso como sendo uma das alternativas positivas para que seja obtida efetividade na sua proteção.<sup>32</sup>

Daí se fixar, como segundo axioma, a viabilização das ações afirmativas num contexto transcendente ao que a doutrina nomina como sentido *material* da Constituição:

[...] a Constituição, em seu aspecto material, diz respeito ao conteúdo, mas tão-somente ao conteúdo de determinações mais importantes, únicas merecedoras, segundo o entendimento dominante, de serem designadas rigorosamente como matéria constitucional.<sup>33</sup>

Adite-se, por oportuno, como esclarecem Araújo e Nunes Júnior, que o fato de existir, no texto constitucional, norma que não (cor)responda à identificação com o núcleo essencial da Constituição (e, assim, apenas formalmente constitucional), é absolutamente irrelevante para efeito de emenda constitucional, eis que “inexiste diferença entre norma material ou formalmente constitucional, ficando elas submetidas ao mesmo processo de reforma, sem distinção”.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> Neste sentido, consulte-se o interessante trabalho preparado para o Comitê de Especialistas em questões relacionadas à proteção de minorias nacionais do Conselho da Europa: FROWEIN, Jochen Abr.; BANK, Roland. A participação das minorias nos processos de tomada de decisões. Trad. de Fábio Cesar dos Santos Oliveira. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. São Paulo: Lumen Juris, 2008. p. 77 e segs.

<sup>33</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 64.

<sup>34</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 6.

## O terceiro axioma: harmonizar núcleo e adjacências

Se a casca negra da jabuticaba é, como visto, rica em propriedades medicinais, sua polpa branca não deixa por menos, sendo pródiga em ferro, fósforo, vitamina C e boas doses de niacina,<sup>35</sup> o que reforça a utilização terapêutica da fruta genuinamente brasileira.

O núcleo duro da Constituição Federal é o responsável, indubitavelmente, tanto pela recepção ou introjeção da sua carta axiológica no sentimento do povo, seu autor-destinatário, quanto pela rejeição de ataques reformistas dos princípios informativos que fazem espriar, por todo o texto constitucional, a persecução dos fundamentos dela própria.

De se indagar, então, se é possível harmonizar a doçura dos valores com a acidez pragmática.

Uma análise teórica e perfunctória da Constituição de 1988 pode levar à conclusão de que bastariam seus quatro primeiros artigos para se obter uma completude dos anseios constituintes fixados em seu Preâmbulo: instituição de um Estado democrático, comprometido com a solução pacífica de controvérsias na ordem interna e internacional, dotado de valores supremos de uma sociedade harmônica, fraterna, pluralista e sem preconceitos, em que se assegure o exercício dos direitos sociais e individuais; a liberdade; a segurança; o bem-estar; o desenvolvimento e a justiça, isto porque o Título I do Texto Constitucional estabelece os fundamentos; os objetivos; e, ainda, os princípios da República (arts. 1º a 4º).

Assim, o exercício e o respeito à soberania, à cidadania, à dignidade da pessoa humana, aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e ao pluralismo político, teoricamente seriam mais do que suficientes para se ter uma bússola infalível à realização do imaginário constituído: uma sociedade perfeita.

Porém, é óbvio que nenhum Estado logrou tal êxito. Mesmo na antiga Grécia, berço da democracia (entendida como a mais aceitável forma de governabilidade), a prática da democracia teorizada pressupunha sua contextualização histórico-cultural, em que se excluía os considerados como indignos de usufruir a democracia, os não cidadãos (estrangeiros, mulheres, crianças e idosos ainda que gregos, e os escravos).

Zagrebelsky defende a tese segundo a qual

---

<sup>35</sup> Vitamina do complexo B que facilita a digestão e auxilia na eliminação de toxinas.

O único conteúdo sólido que a ciência de uma Constituição pluralista deveria defender rigorosa e decididamente contra as agressões de seus inimigos é o da pluralidade de valores e de princípios. O único valor “simples” é o da temperação necessária e o único conteúdo constitucional que não se presta a ser integrado em outros mais compreensivos e que, de consequência, pode assumir a dureza de uma concepção constitucional combativa, é o da necessária coexistência dos conteúdos.<sup>36</sup>

Diga-se que o canal permissivo da maleabilidade da norma constitucional é caracterizado pela incondicional abertura a valores e princípios plurais. O único dogma é não ser dogmático.

Seria, pois, quixotesca a aventura e a pretensão de se ter, em uma Constituição sintética, porque sintética (i.é, dogmaticamente estabelecida), o nirvana almejado, máxime em se tratando de Estado situado na periferia do concerto mundial de poder, como sói ser a *terrae brasiliis*, mesmo no Século XXI.

Por outras, a paz kantiana é, a todas as luzes, quimera inalcançável, como uma jabuticaba cuja casca que não amargue o paladar, mesmo com o dulcificado da polpa por ela protegida em amadurecimento.

Se, tal qual a casca da jabuticaba, o sentido formal da Constituição por vezes sabe a uma certa acidez, e, tal qual sua polpa, o sentido material do Texto Constitucional é dulcificado pelo ideário, a mixagem dentre ambos, sincrônica e harmônica, pode fazer sobressair o possível e o adequado, sem negar a propriedade de um ou de outro.

Por isso a necessidade – não meramente conjuntural – de se manterem – e abertos – canais que, no detalhe, ainda que técnico-organizatórios, explicitem valores e princípios.

Tal abertura exige reconhecer que a Constituição Federal de 1988, gestada para ser o norte de um sistema de governo parlamentarista, veio a lume com um inusitado sistema presidencialista, trazendo disposições que ora o exacerba,<sup>37</sup> ora o mitiga.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 8. ed. Madrid: Trotta, 2008. p. 17. Tradução livre. No original: “El único contenido ‘sólido’ que la ciencia de una Constitución pluralista debería defender rigurosa y decididamente contra las agresiones de sus enemigos es el de la pluralidad de valores y principios. El único valor ‘simple’ es el de la atemperación necesaria y el único contenido constitucional que no se presta a ser ‘integrado’ en otros más comprensivos y que, por consiguiente, puede asumir la dureza de un concepto constitucional ‘combatiente’ es el de la necesaria coexistencia de los contenidos.”

<sup>37</sup> Como a concentração das funções de Chefe de Governo e de Chefe de Estado na figura do Presidente, e na atribuição a este de poderes legislativos por medidas provisórias (art. 62), além do poder de veto (art. 84, V).

A ação do fator jabuticaba na distribuição das funções do poder torna, de um lado, presente uma promiscuidade permissiva de o Executivo legislar e de interferir no Judiciário, nomeando Ministros do Supremo Tribunal Federal; do Legislativo interferir em decisões do Judiciário, se por estas atingido; e do Judiciário interferir nas decisões do Executivo e do Legislativo.

De outro lado, a ação daquele fator faz tensionar a clássica tripartição de poderes, ao criar canais de poder em tese desvinculados do Executivo, Legislativo e do Judiciário, quais sejam as funções consideradas essenciais à Justiça: Ministério Público;<sup>39</sup> Defensoria Pública;<sup>40</sup> e Advocacia Pública<sup>41</sup> e Privada.<sup>42</sup>

Em apertada síntese, ao Ministério Público incumbe a defesa dos interesses da sociedade; dos interesses individuais indisponíveis; dos interesses difusos e coletivos inclusive dos interesses individuais homogêneos, enquanto que os interesses dos hipossuficientes são de incumbência da Defensoria Pública, cabendo à Advocacia Pública a defesa dos interesses públicos e os da União, e à Advocacia Privada a defesa dos interesses individuais e coletivos em geral.

A concessão de autonomia frente aos demais poderes dessas Instituições, prevista no Título IV da Constituição Federal, acaba por lhes conferir *status* de Quarto Poder, voltado à explicitação e defesa dos valores e dos princípios da própria Carta, o que por razões óbvias não é bem assimilado pelos demais Poderes – que prefeririam ver aquelas Instituições como meros instrumentos de freios e contrapesos.

Ainda como sequela do tônus parlamentarista que contamina a Constituição de 1988, temos a proliferação de agências regulamentadoras (gestadas como autônomas e manietadas politicamente); a formação de governos de coalizção; a multiplicação de Conselhos criados para fiscalização administrativa de integrantes dos Poderes que acabam se transformando em anomias institucionais, por invadirem as atribuições exclusivas das funções dos Poderes, cujo exemplo maior talvez seja o Conselho Nacional de Justiça.<sup>43</sup>

---

<sup>38</sup> Como a adoção do instituto das comissões parlamentares de inquérito (art. 58, § 3º) e o poder de convocação de Ministros (art. 50).

<sup>39</sup> Art. 127 da Constituição Federal de 1988.

<sup>40</sup> Art. 134 da Constituição Federal de 1988.

<sup>41</sup> Art. 131 da Constituição Federal de 1988.

<sup>42</sup> Art. 133 da Constituição Federal de 1988.

<sup>43</sup> Órgão judicial, mas despidido de função jurisdicional, à guisa de disciplinar a atuação do Poder Judiciário tem estabelecido metas de produtividade para Juízes e Tribunais, fixando prazos para sentenças e acórdãos.

Essa ambivalência que deflui da assimétrica configuração do sistema presidencialista tupiniquim configura o efeito mais ácido do fator jabuticaba na Constituição brasileira, porque redundante em se desrespeitar o tempo do Direito.

É que o tempo do Direito exige vislumbrar a Constituição, não como um embate Ser/Dever Ser, mas, sim, como um Ser-em-si constitucional.

Este, o terceiro axioma: não se pode desprezar nem a casca, nem a polpa, da jabuticaba. Sequer se deve supervalorizar uma em detrimento doutra.

### **Quarto axioma: viver a Constituição**

A brasileiríssima jabuticaba é fruta tão delicada, que se modifica tão logo seja arrancada da árvore, fermentando no mesmo dia da colheita, mercê da alta concentração de açúcar que possui.<sup>44</sup>

Daí porque um dos maiores poetas brasileiros, Carlos Drummond de Andrade, ter imortalizado em seu “Menino Antigo” o dito popular: “Jabuticaba se chupa no pé”.

A Constituição Federal não difere do poema mineiro, devendo ser absorvida desde sua raiz, e degustada/imediatizada no dia a dia do cidadão comum; da sociedade como um todo; do Poder Executivo; do Poder Legislativo; e do Poder Judiciário.

A ciência dessa urgência de absorção foi emblematicamente enfatizada pelo Presidente Eurico Gaspar Dutra,<sup>45</sup> conhecido por solucionar problemas da República com uma única pergunta/possibilidade que é paradigmática da força normativa da Constituição: “Está no livrinho? [a Constituição]? Se está, pode. Se não está, não pode”. Daí Streck chamar a atenção para o crucial detalhe de que “não há um lado *b* da Constituição a ser ‘descoberto’ axiologicamente!”<sup>46</sup>

Em sendo a tábua de valores da Constituição única, é preciso desconsiderar desvios, como faz Rothenburg ao enfrentar o que chama de “O caráter retórico dos princípios enquanto decisões políticas fundamen-

---

<sup>44</sup> Todas as referências à jabuticaba utilizadas neste texto estão disponíveis, dentre outras fontes, no site [www.todafruta.com.br](http://www.todafruta.com.br).

<sup>45</sup> Presidente do Brasil de janeiro de 1946 a janeiro de 1951.

<sup>46</sup> STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre: Magister, v. 31, jul./ago. 2009, p. 16.



tais”, partindo da impossibilidade de assepsia por meio de princípios neutros, exemplificada sua postura contrária ao que chama de “desvios retóricos” assim:

O prisma negativo emprestado por um discurso de escamoteação, numa manobra de logro que envolve a apologia do discurso e o descaso da prática, hoje se revela, por exemplo, em relação ao princípio da função social da propriedade, sempre utilizado para apresentar a evolução da concepção (teoria, doutrinal) de propriedade, no sentido de superar o caráter absoluto de que ela classicamente se reveste, mas em verdade ocultando com conceitos e palavras o uso espoliativo que da propriedade continua a se fazer (sobretudo no tocante aos bens de produção).<sup>47</sup>

O contraponto desse discurso deve observar o objeto primário da justiça, que, segundo Rawls:

[...] é a estrutura básica da sociedade, ou mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social. Por instituições mais importantes quero dizer a constituição política e os principais acordos econômicos e sociais.<sup>48</sup>

Esse, o traço cultural brasileiro ainda presente, a autorizar a prolixidade do Texto Constitucional, e a estabelecer que a força normativa da Constituição se desvaneceria, sim, caso seu texto fosse reduzido a alguns princípios fundamentais – ainda que em condições de serem desenvolvidos.

## À guisa de conclusão

A Constituição Federal possui uma bem estruturada regra axiológica, com transparência de princípios aptos à concretização de seus princípios na *práxis*, de modo a tornar efetivos os direitos fundamentais.

A distribuição de direitos e deveres fundamentais, com a concomitante divisão de vantagens em uma sociedade, por parte da Constituição, como desiderato da Justiça, faz lembrar uma derradeira lembrança à fruta que serviu de metáfora a este escorço: as propriedades apontadas como benéficas e terapêuticas da jabuticaba, se esvaem, nulificadas, se excessivo seu consumo, pela constipação advinda dos múltiplos caroços.

---

<sup>47</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. 2. tiragem. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 79.

<sup>48</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. de Almiro Pisetta e Lenitta M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 7.

É dizer, a Constituição Federal de 1988 não deve ser escamoteada a ponto de ser reduzida a alguns poucos princípios fundamentais. Porém, o excesso de constitucionalização pode levar à banalização esmorecedora de sua força normativa, entupindo sua fluência numa estéril discussão entre o Ser e o Ter em que se despreza o Saber.

Este é o fator jabuticaba na Constituição Federal que, acima da conformação trazida de outras culturas jurídicas, faz prevalecer o traço da cultura genuinamente brasileira, por si só amalgamada e mestiça, o que lhe garante a força normativa.

## Referências

- ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: DelRey, 2007.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BARROSO, Luiz Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 336, out./dez. 1996.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Brasília: Congresso Nacional.
- FLEURY, Sonia; MORONI, José. Enxugar a Constituição é um retrocesso. *Folha de São Paulo*, 10 set. 2009.
- FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FROWEIN, Jochen Abr.; BANK, Roland. A participação das minorias nos processos de tomada de decisões. Trad. de Fábio Cesar dos Santos Oliveira. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. São Paulo: Lumen Juris, 2008.
- GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- JESUS, Ademir Félix. Estatuto da Igualdade Racial, que tramita no Congresso Nacional, garante direitos a negros. *Jornal da Universidade Estadual de Maringá*, Maringá, PR, UEM, ano 10X, n. 85, out. 2009.
- MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MILLÁN-PUELLES, A. *Ontología de la existencia histórica*. Madrid: Rialp, 1955.
- NEME, Eliana Franco (Coord.). *Ações afirmativas e inclusão social*. Bauru: Edite, 2005.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de; CARNEIRO, Sérgio Barradas. É preciso “enxugar” a Constituição. *Folha de São Paulo*, 17 ago. 2009.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. De Almiro Pisetta e Lenitta M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. 2. tiragem. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

SILVA, Marcelo Andrade Campos Silva. Cotas Étnicas: falsa proteção social e sua inconstitucionalidade. *Revista de Direito da Universidade Municipal de São Caetano do Sul*, São Caetano do Sul, USCS, ano 10, n. 16, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; FERES JÚNIOR, João. Ação afirmativa: normatividade e constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. São Paulo: Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, Magister, v. 31, jul./ago. 2009.

VERDÚ, Pablo Lucas. *El sentimiento constitucional*. Madrid: Réus, 1985.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 8. ed., Madrid: Trotta, 2008.

*Recebido em 29/03/2010, aprovado em 24/05/2010.*