

Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas *ações afirmativas*

Rosemiro Pereira Leal*

1 ISONOMIA E IGUALDADE: DISTINÇÕES TEÓRICAS

O realismo saudoso da ideologia dos arautos de **ações afirmativas** como mutirão de voluntários (*voluntary affirmative actions*) que, parceiros prodigiosos de uma “política nascida da própria sociedade”,¹ pretendem formar um exército de salvação das constituições democráticas, as quais, para eles, ainda padecem de anomias só superáveis pelo senso de adequabilidade (Günther) e faina jurisprudencial dos pretórios excelsos e hercúleos (Dworkin), é que tem propiciado uma balbúrdia hermenêutica de veras preocupante. A pretexto de inclusão social das minorias e defesa dos direitos dos diferentes, acabam aplaudindo a excrescência conceitual de uma *discriminação lícita (sic)* contributiva para a “produção da igualdade”² a ser

* Professor da graduação e pós-graduação da UFMG, PUC-Minas e FUMEC.

¹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Direito à diferença*, p. 187.

² GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*, p. 216.

MERITUM

desenvolvida em espaços políticos desprocessualizados de autonomia pública e privada ocupados por inteligências salvacionistas dispostas a um movimento de mudança geral de mentalidades. Assim, ainda trabalham o velho Habermas do poder comunicativo num espaço taumaturgo em que a linguagem é inerente ao entendimento conduzido por uma história terapêutica que vai sarando a humanidade pelo *remedium juris* de operadores de um Executivo, Legislativo e Judiciário sensitivos, onividentes e imbuídos de ações sociais sinceras.

Esses realistas privilegiados que auscultam uma “esfera pública na qual se origina o poder comunicativo como superior ao próprio direito positivo”,³ ainda que este seja democrático, imaginam uma sociedade que não é construída pela **comunidade jurídica**,⁴ mas um aglomerado social que deva, à sua escolha, resgatar minorias e diferentes, embora nestes os salvacionistas não incluam os milhões de esfomeados e despossuídos, ocupando-se civilística e garbosamente do cigano, do índio, do negro, do homossexual, do deficiente, como se a discriminação sofrida por tais indivíduos não já violasse o texto constitucional democrático, cuja restauração exige propositura urgente de procedimentos judiciais executivos (**não ações afirmativas**) como **dever** do Ministério Público para conferir a todos a fruição de direitos fundamentais adrede acertados pelo legislador constituinte e a exigirem pronta execução (art. 5º, § 1º, CR/88).

É o conceito errôneo de **esfera pública** como lugar separado do Estado Procedimental (*rectius* espaço demarcado de

³ GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença*: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas, p. 217, *fine*.

⁴ HABERMAS, Jürgen. A constelação pós-nacional: ensaios políticos, p. 145.

discussão, negação, produção, afirmação e aplicação de direitos pelo **devido processo constitucional**) que empurra o realista para uma dimensão política acima da jurídica em que se praticaria uma integração eucarística entre supostas inteligências solidárias e lúcidas para instalação cultural de uma mentalidade incluyente dos direitos das minorias e diferentes na Sociedade.

Ora, se os direitos fundamentais não forem executados judicialmente, nunca se poderá falar num *piso de igualdade* para incluídos e excluídos como *ponto de partida* ao reconhecimento cognitivo, por igual tempo de argumentação processual (ISONOMIA), de direitos a serem alegados ou pretendidos pelas minorias e diferentes. Só se saberá se alguém pertence ao bloco das minorias ou dos diferentes após atendimento dos direitos fundamentais à vida, à liberdade, à dignidade mínima para que se habilitem a disputar processual e igualmente direitos em face de outrem. Antes de atendimento desses direitos fundamentais, as pessoas estarão sempre em níveis de uma *desigualdade ilegal* que os impedem de debater e pretender, no espaço-tempo procedimental, direitos em condições argumentativas isonômicas.⁵

2 DIREITO À DIFERENÇA E ISONOMIA PROCESSUAL

O *direito à diferença* não equivale a ser desigual no Estado de Direito Democrático que sempre assegura pelo **devido**

⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e hermenêutica constitucional a partir do estado democrático de direito. *Revista do Curso de Direito da FUMEC*, p. 23.

MERITUM

processo constitucional a *isonomia* argumentativo-procedimental na defesa e reconhecimento de direitos, mas corresponde a um **dado singular** da personalidade ou patrimonialidade de cada qual dos indivíduos, cuja defesa e afirmação, quando negado, também se fazem *isonomicamente* no espaço-tempo da estrutura procedimental processualizada e não pela segurança discriminadora de uma jurisdição sábia, filantrópica e providencial. O negro, o índio, o homossexual, a lésbica, o deficiente, não são desiguais a ninguém quanto a direitos fundamentais na teoria da constitucionalidade democrática. Tanto eles quanto os brancos, os não-índios, o heterossexual: homem ou mulher são iguais em direitos fundamentais e titulares de igualdade processual (simétrica paridade-isonomia) no direito democrático.

A diferença no Estado Democrático é um **dado** estatístico-econômico ou fisio-sócio-psíquico (não entre direitos fundamentais) que, se absurda e legalmente levado em consideração valorizativa nos julgamentos, produção e aplicação de direitos, certamente exigiria, por muitos séculos ainda, dos adeptos das ações afirmativas (os que não têm compreensão da concreção do direito no paradigma hermenêutico do Estado de Direito Democrático) uma luta cívica infundável em prol dos fantasmais direitos à diferença, à desigualdade, e dos direitos de minorias a serem salvos por critérios judicatórios de “discriminação lícita” que, numa reviravolta lingüística estorvante (*contraditio in terminis*), paradoxalmente geraria, para os crédulos realistas pretorianos, direitos a serem reconhecidos na esfera da luta pública a favor dos socialmente estigmatizados, excluídos ou em minoria.

Claro que, afora esses devaneios dos voluntários de uma pátria gestora de ações afirmativas, seria um disparate, no Estado Democrático, falar em desigualdade fundamental de direitos, porque, uma vez cumpridos os já constitucionalmente acertados direitos fundamentais, o que se tem são desníveis patrimoniais e de personalidades (identidades) que certamente poderiam causar um diferencial de estoques jurídicos patrimoniais financeiros ou éticos entre as pessoas, sem que tal aspecto pudesse quebrar a **ISONOMIA entre partes** a ponto de recuperar a velha parêmia de justiça jurisdicional não processualizada do Estado Burguês (Liberal) pelo tratamento igual para iguais e desigual para desiguais entregue ao decisor sapientíssimo.

A **ISONOMIA** como princípio jurídico-processual de primeira geração não pode ser descuidada na construção e exercício da constitucionalidade democrática, porque é ela que torna possível a igualdade (simétrica paridade) entre os economicamente desiguais, entre os física e psiquicamente diferentes e entre maioria e minoria política, ideológica ou social. Processualmente, na democracia, é inconcebível uma desigualdade jurídica fundamental, porque, se tal ocorresse, romper-se-ia com as **garantias constitucionais do processo** em seus princípios enunciativos do contraditório, isonomia e ampla defesa na produção, correição e aplicação do direito, inclusive do próprio direito processual. Daí, também, a inconstitucionalidade de diversos trechos do ordenamento jurídico brasileiro que estabelecem prazos diferentes, foros diferentes, tratamentos pessoais e funcionais diferentes, para os sujeitos do processo.

MERITUM

Em sendo ingênua e retórica a busca de um direito à diferença no plano dos direitos fundamentais já acertados para todos, a possível diferença de direitos ocorre no sobrenível da normatividade fundamental a serem pretendidos entre legitimados ao processo, conforme as situações jurídicas ordinariamente por estes ocupadas. As diferenças jurídicas (direitos diferentes) sempre entre **partes** processualmente iguais se acham portanto adjacentes à fundamentalidade, porque esses diferentes direitos (suprafundamentais), se confrontados por litigiosidade insuperável, reclamam, também em procedimento isonômico, **decisão** dirimidora do conflito para acertamento administrativo ou judicial (**processo de conhecimento**) quando se tratar de direito não incluído no elenco constitucional do art. 5º, *caput*, da CR/88. Direitos diferentes, na teoria da democracia, não geram diferenças jurídico-fundamentais entre pessoas a suplicarem tratamento discriminatório.

A detetivesca **ação afirmativa**, se analisada na concepção democrática de direito, é um hediondo artifício absolutório da omissão pública, porque se procura inócua e retoricamente afirmar num judiciário salvacionista o que já está fundamentalmente acertado e decidido pelo legislador constituinte. Uma sociedade que procurasse desenvolver *ações afirmativas* para garantir direitos à diferença ou a desigualdades estruturais estaria ainda jurisprudencialmente tribalizada por decisões não processuais (como a brasileira, a americana e outras) e dependente da boa-vontade cívica de seus operadores jurídicos para realizar seus projetos de justiça social. Direitos fundamentais nessa atípica sociedade seriam, ou não, acolhidos pelo desfile de uma jurisprudência jubilosa e casuística de *ações afirmativas* de uma

república de eruditos que, louvando-se na mística de uma elevada equidade e bom-senso, escolheria os que mereciam, ou não, ter direitos fundamentais imediatamente reconhecidos.

É de manifesto equívoco assegurar, na democracia, mediante a retórica das *ações afirmativas*, como sugerem seus seguidores, uma DESIGUALDADE fundamental ou acessória (direito à diferença) imune ao espaço-tempo da procedimentalidade processual, porque a **isonomia** é pressuposto processual da criação constituinte da **igualdade** jurídica que a todos nivela no plano da titularidade dos conteúdos normativos da **fundamentalidade constitucionalizada de direitos** antes mesmo que se instaurem procedimentos para fruir, discutir, destruir, produzir ou aplicar tais direitos. A **isonomia** é princípio-norma que rege a atuação dos sujeitos do processo quanto à **igualdade argumentativa** na formação do discurso estrutural do procedimento de produção e aplicação do direito, não se admitindo uma ISONOMIA (igualdade discursiva dos sujeitos do processo por vinculação normativa a idênticos princípios legais) que estivesse numa realidade diversa da estrutura procedimental, porque, a se considerar uma igualdade ou desigualdade extra-sistemático-processual, esta seria psíquica, física, cultural, estética, ideológica ou econômica não isonomicamente juridificada e não acolhível no arcabouço da teoria processual do direito democrático (processo instituinte, constituinte e constitucional de direito).

Por isso, o **processo** é a procedimentalidade estruturante de argumentos que afasta a colonização do direito pela atuação ou prestígio de minorias ou majorias ou do dinheiro ou poder, o **que** faz distinguir o Estado Democrático de outras formas

MERITUM

políticas da Sociedade. Ações afirmativas como atividade de realização individual ou social de direitos só seriam suscetíveis de admissibilidade no marco executivo da **processualidade teórico-constitucional** identificadora do **Estado Democrático de Direito** e não por um esforço solidarista de mudança de mentalidades ou modo de pensar dos manejadores dos espaços público e privado para uma compreensão objetivante de uma autoridade culturalmente ética e compadecida dos sofrimentos dos excluídos ou párias sociais (*homo sacer*).⁶

3 ISONOMIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO

O estudo atual do instituto da **isonomia** exige, no direito democrático, a ressignificação do conceito de **Estado** que, como já afirmamos,⁷ não pode mais ser tido como figura hobbesiana do LEVIATÃ, o monstro exibido por Jeová a Job para demonstrar o seu poderio, sequer um lugar espiritualizado (Hegel)⁸ que pré-unifique as consciências individuais antes mesmo de estas tomarem conhecimento de si em si mesmas, assumindo o Estado o destino (dever) da Sociedade por uma social certeza-verdade já contida na gênese de seu saber primal (substancial) e absoluto. O Estado hegeliano – pré-síntese supra-sensível e consensualizante da dialética das consciências sociais – é um *habeas-corpus* inventado (fetichizado) pela mente iluminista para libertar do remorso os autores da flagelação secular (escravização)

⁶ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*, p. 80-94.

⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 46.

⁸ HEGEL. *Fenomenologia do espírito: parte II*, p. 42.

impingida aos despossuídos, marginalizados e excluídos. Assim, este estado-juiz, anjo da guarda hegeliano, que pré-existe à comunidade (povo), já mostrou, na modernidade, total despreparo para conduzir uma sociedade pós-metafísica⁹ desconfiada da escuta mítica da obediência às tradições e do talento de uma autoridade que promete rapidamente paz social e justiça célere.¹⁰

A passagem do Estado-Entidade vigilante da paz eterna e orientador intervencionista do pensar para um Estado concebido como espaço processualmente demarcado à discursividade (produção-recriação-aplicação) dos direitos positivados é que vai propiciar a substituição do tempo da consciência auto-suficiente pelo tempo isonômico do espaço discursivo da procedimentação argumentada dos sujeitos do processo, segundo modelo instituído em lei. O **Estado Democrático de Direito**, como espacialidade jurídica aberta por uma auto-oferta normativa de fiscalidade procedimental a todos, não se propõe a uma inclusão social dos indivíduos nos direitos fundamentais pelo esforço nietzschiano de vontades ou decisões¹¹ que persigam desinteressadamente, *ex officio* ou não, ações (agir pessoal ou em grupo) para remover desigualdades fatais ou reafirmar diferenças (ações afirmativas) numa realidade mundana negligenciada (espaço de abandono)¹² pelo Estado liberal ou comunitarista (social) que os salvacionistas insistem em recuperar.

⁹ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico*, p. 42-44.

¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*, p. 193, 271, 318.

¹¹ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. Editora Landy, 2002.

¹² AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*, p. 91.

MERITUM

É necessário, nesse horizonte de cogitação, distinguir os conceitos do que sejam desigualdades e discriminações sociais para esclarecer o **princípio da isonomia** como direito-garantia integrante do instituto do **devido processo constitucional**. Exatamente esta obscura e furiosa vontade de assegurar os direitos dos desiguais, que só o são por ausência teórica dos operadores do direito em saber qual tipo de Estado é o encaminhador de suas pretensões de validade normativa, é que autoriza tais operadores admitirem a prática insólita de uma *discriminação lícita e ilícita* de tal modo a acolherem, como em Heidegger e Wittgenstein, uma “violência sublime”¹³ (discriminação lícita) para validar o ato sentencial de um decisor instrumentalista, esforçado e comprometido com ontológicas regras seletas de uma paz e justiça sociais para todos.

Ora, no Estado Democrático, os direitos fundamentais não admitem, porque já acertados na *cognitio* constituinte, atendimento desigual que exigisse boa-vontade e benevolência em **ações afirmativas** de uma razão instrumental proficiente para hierarquizar desigualdades com justiça e bom-senso em todos os níveis da Sociedade. A **isonomia**, como princípio legal, autodiscursivo e legitimante de validade da instituição do **devido processo constitucional**, já impõe a **igualdade procedimental** a ensejar a execução de igualdades fundamentais de direitos dos **desiguais** e **diferentes** já decididos, como líquidos, certos e exigíveis,¹⁴ no plano da normatividade constituinte e, por conseguinte, protegidos pela invulnerabilidade

¹³ *Apud* HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*, p. 187.

¹⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*, p. 748-754.

do instituto da **coisa julgada constitucional** que, na democracia, é estabilizadora dos direitos fundantes da constitucionalidade democrática desde as etapas instituinte e constituinte de sua criação normativa até sua efetiva **execução jurisdicional**.

4 A IDEOLOGIA NOSTÁLGICA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

Como vimos, o espaço-tempo estruturante da execução de direitos fundamentais é procedimental pela principiologia jurídica do discurso da constitucionalidade democrática, segundo a instituição do DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL em suas expansões teórico-modelares dos **devidos processos** legislativo e legal que orientam a tipologia dos procedimentos constitucionais e infraconstitucionais codificados ou não. Os operadores tardios (retardatários) da modernidade (esta que tem seu apelo máximo na inadiável ressimbolização (reins-titucionalização) do mundo da vida jurídica) é que manejam atrapalhadamente, por ideologias arcaizantes (tópico-retóricas ou culturalistas), o conceito de ação ainda herdado da *actio* romana¹⁵ como atuação de um direito subjetivo inerente ao sujeito antes mesmo da existência do direito positivado.

Aliás, Windscheid deparou-se com igual dificuldade ante os pandectistas insistentes em trazer à época, para o direito alemão, o conceito romano de **ação**, ao ressaltar que

¹⁵ WINDSCHEID, Bernhard; THEODOR Muther. *Polémica sobre la "ACTIO"*, p. XXI.

MERITUM

*la contraposición neta entre ordenamiento jurídico romano y ordenamiento jurídico moderno (al menos alemán) y de la incompatibilidad del concepto romano de actio con el sistema del derecho vigente. Para los modernos, el derecho es el **prius**, la acción es el **posterius**; para los romanos, **prius** es en cambio la **actio**, **posterius** es el **derecho**. Para los modernos el derecho es lo que crea, la acción lo que es creado; para los romanos, valor creativo tiene en cambio la actio; el derecho es solamente consecuencia. Equiparar la **actio** a la **acción** (Klagerecht) significaría introducir en el sistema romano la concepción moderna de que la actio esté al servicio del derecho y presuponga por consiguiente la existencia de éste; y significaría, por otra parte, desnaturalizar el pensamiento jurídico moderno, que debe usar el lenguaje de los derechos, no el de las acciones.¹⁶*

Essa inerência subjetiva de direitos que suplicam afirmação por um déspota esclarecido (julgador kantiano) e **não** pelo *prius* de um direito processualmente legislado e assegurador de direitos fundamentais em sua criação e exercício é que coloca em destaque, como pseudo-humanistas, os defensores de *ações afirmativas* de inclusão social centradas na sensibilidade de pretórios condutores da ideologia de manejarem os paradigmas ancestrais dos Estados de Direito e Social de Direito em nome de uma insólita democracia só compreensível para pessoas de especial e avançada inteligência (mentalidade) sensitiva.

¹⁶ WINDSCHEID, Bernhard; THEODOR Muther. *Polémica sobre la "ACTIO"*..

5 CONCLUSÃO

Na atualidade, máxime no sistema de *civil law* em que se adota o princípio de reserva legal, é, no direito brasileiro, espúria a expressão “ação afirmativa”, porque, não estando expressamente incluída na tipologia da procedimentalidade com *theos* vinculado ao **devido processo constitucional**, cuida de conteúdos restritos à empolgante ideologia de seus defensores que, ao afirmarem que “o direito à diferença é essencial à efetivação da igualdade procedimental”,¹⁷ ficam desatentos ao que seja “igualdade procedimental” na **teoria do processo** e ao que seja **direito à diferença** na constitucionalidade democrática. Não é o reconhecimento de um “direito à diferença” que torna efetiva a igualdade procedimental, mas a igualdade procedimental (**isonomia**) como pressuposto da construção e aplicação normativa é que torna os diferentes iguais em direitos fundamentais, dispensando um insólito “direito à diferença” a ser resgatado por *ações afirmativas* inerentes a um aparato judicial, administrativo ou social de mentes sensíveis, heróicas ou vanguardistas.

A concepção arraigada da perenidade histórica do alquímico, preguiçoso e inadimplente Estado Instrumental hegeliano e os adeptos irrenunciáveis de uma estranha democracia participativa fatalmente inconclusa pela inércia desculpável de seus operadores institucionais é que eternizam os paradigmas dos Estados Burguês e Social de Direito, aceitando placidamente falhas mecânicas na eidética da engrenagem

¹⁷ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Direito à diferença*, p. 275.

MERITUM

hobbeseana e hegeliana (que crêem vigentes), exigindo da Comunidade Política, Jurídica e Econômica, ajustes mítico-estatais num espontâneo despertar-se (consciência-de-si) por *ações afirmativas* para acudir os diferentes como se estes fossem desiguais (discriminados) em face dos direitos fundamentais.

6 REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Direito à diferença*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DINAMARCO, Cândido. *Instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. Editora Landy, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. São Paulo: Litera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HEGEL. *Fenomenologia do espírito: parte II*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e hermenêutica constitucional a partir do estado democrático de direito. *Revista do Curso de Direito da FUMEC*, Porto Alegre, v. 27/7, p. 23, 2001 (Coleção Acadêmica de Direito).

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 5. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

WINDSCHEID, Bernhard; THEODOR Muther. *Polêmica sobre a "ACTIO"*. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1974.

Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas

Resumo: A retórica das **ações afirmativas** como atuação de decididores de mentes arejadas e sensíveis à realização de justiça social vem propiciando o retorno ao realismo jurídico que preconiza decisões extra-sistêmicas com apoio numa jurisprudência de conceitos ou catálogo de valores descobertos pela inteligência salvadora de uma república de eruditos ou de homens de boa-vontade. Nessas conjecturas, afasta-se o **processo** como espaço de discussão e realização estruturante do direito nos Estados constitucionalmente democráticos com deslocação da efetivação (execução) dos direitos fundamentais para a órbita de pretensões a serem examinadas por um Judiciário-hércules, negando, assim, os direitos líquidos e certos já garantidos pelo legislador constituinte. Forja-se, por deficiência teórica dos operadores

MERITUM

do direito, a ilegalidade aceitável de direitos dos diferentes na fundamentalidade constitucional a serem resgatados por um *movimento social de ações afirmativas* (torcidas organizadas) para, propondo mudanças de mentalidades, se anunciar como garantidor exclusivo, por uma “discriminação lícita”, dos deficientes físicos, negros, índios, ciganos, homossexuais. A pretexto dessa ação lícida e solidária dos operadores obsoletos da democracia, exclui-se o **devido processo constitucional** como instituição jurídica referencial de garantia, execução, fiscalização, correição e reconhecimento de direitos, transformando-o em mero instrumento presentificado de uma jurisdição redentora que se diz capaz, por um senso especial de justiça e equidade, de assegurar os direitos dos diferentes sem atentar para o aspecto de que para apreciar diferentes direitos, há de antes cumprir, *prima facie*, as decisões constituintes de implementação de direitos fundamentais para todos indistintamente.

Palavras-chave: Direitos líquidos e certos – Garantismo processual – Ações afirmativas

Equality at the judicial proceeding and fundamental equality concerning the rhetorical affirmative actions

Abstract: The rhetoric of **affirmative actions** as a performance of decision-makers of airy minds, sensitive to the need of accomplishment of social justice is making possible the return to the legal realism, that praises extra-systemic decisions supported by a jurisprudence of concepts or a

catalogue of values unfold by the saving intelligence of a republic of scholars or men of good-will. Based on such suppositions, the process is taken apart as a space of debate and effectiveness of Law in the constitutionally democratic States with the displacement of the effectiveness (execution) of the fundamental rights to the orbit of mere pretensions to be examined by a Judiciary-Hercules, denying, thus, the clear legal rights already guaranteed by the constitutional legislator. It is forged, due to theoretical deficiencies of those who work with Law, the acceptable illegality of rights of the different individuals in the constitutional fundamentality so as to rescue those individuals by the actions of a *social movement of affirmative actions* (organized support) to, purposing changes of mentalities, announce itself as an exclusive warrantor, for an “allowed discrimination” of the physically disabled, African descendents, American Indians, gypsies, homosexuals. As an excuse for such discerning and full of solidarity action run by the obsolete operators of democracy, the **due constitutional process** is excluded as a referential legal institution of guarantee, execution, inspection, correction and recognition of rights, transforming it into a mere present instrument of a redemptive jurisdiction that proclaims itself able, due to a special sense of justice and equity, to assure the rights of the different individuals without being attentive to the fact that to decide about different rights, it must carry out, *prima facie*, the constitutional decisions of implementing the fundamental rights for all, indistinctly.

Keywords: Clear legal rights – Procedural guaranties – Affirmative actions

