XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

DIRAJAIA ESSE PRUNER

DIOGO DE ALMEIDA VIANA DOS SANTOS

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Diogo De Almeida Viana Dos Santos; Dirajaia Esse Pruner; Rogerio Luiz Nery Da Silva.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-662-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria constitucional e democracia. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

Apresentação

Com muita satisfação, apresentamos à comunidade acadêmica os resultados de estudos e discussões aprovados para o XXIX Congresso Nacional do Conpedi, Balneário Camboriú - SC, realizado entre os dias 07, 08 e 09 de dezembro de 2022, nas instalações da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Esta obra científica é destinada à difusão de temas contemporâneos, sob a linha estruturante "Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities".

Os frutíferos debates do Grupo de Trabalho "Constituição, teoria constitucional e democracia II" se deram em subgrupos temáticos, com interações voltadas à disseminação e aperfeiçoamento do conhecimento produzido por pesquisadores das mais diversas regiões do Brasil, no âmbito de Programas de Mestrado e Doutorado em Direito e áreas afins.

Os trabalhos apresentados, que ora compõem este registro, testemunham a utilidade do compartilhamento e disseminação do conhecimento e ideias inovadoras que contribuem para o desenvolvimento da ciência jurídica e afirmação da justiça no Brasil, Américas e mundo.

Congratulamos a grande comunidade que compõe o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito por seu contínuo esforço de prover um ambiente e oportunidades de aprimoramento da academia jurídica nacional.

Rogerio Luiz Nery da Silva - Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC) e Universidade de Rio Verde (UniRV)

Dirajaia Esse Pruner - Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI)

Diogo de Almeida Viana dos Santos

Universidade Estadual do Maranhão - UFMA, e Universidade UNICEUMA

Grupo temático 1

LEGALIDADE AUTORITÁRIA E A SUPREMA CORTE DE JUSTIÇA DA NAÇÃO ARGENTINA: CONTINUIDADES E RUPTURAS NA FORMAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO A PARTIR DA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XX.

LEGALIDADE AUTORITÁRIA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO CHILE: CONTINUIDADES E RUPTURAS NA FORMAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO A PARTIR DOS ANOS 1990

JUDICIALIZAÇÃO DOS PODERES: A INTERFERÊNCIA NA HARMONIA E POSSÍVEIS ELEMENTOS CASUÍSTICOS.

JUNHO E A REPRESENTATIVIDADE DEMOCRÁTICA BRASILEIRA

ARTIGO 142 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: UMA PERMISSÃO PARA INTERVENÇÃO MILITAR?

DEMOCRACIA E CIDADANIA SÃO CONCEITOS CONTRADITÓRIOS? UMA ANÁLISE DECOLONIAL DA PARTICIPAÇÃO POLÍTICA INDÍGENA DESDE A CONSTITUINTE

Grupo temático 2

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA INSTITUIÇÃO A SERVIÇO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A CONSTITUIÇÃO COMO CULTURA NA VISÃO DE PETER HÄBERLE: PLURALISMO E DIVERSIDADE CULTURAL NA MODERNIDADE FRAGMENTADA

A RESPONDABILIDADE DO ESTADO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

O PAPEL DAS INSTITUIÇÕES E DA DOUTRINA JURÍDICA NA RESISTÊNCIA À CONSTITUIÇÃO: O CASO DA TAXA DE JUROS DE 12%

Grupo temático 3

NEOCONSTITUCIONALISMO E NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: SISTEMAS COMUNICACIONAIS PLURINACIONAL DA AMÉRICA LATINA

O DECISIONISMO DEMOCRÁTICO COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMIDADE DOS DIREITOS DAS MINORIAS NO BRASIL

MECANISMOS DE COMPREENSÃO CONSTITUCIONAL ENTRE O ORIGINALISMO E O CONSTITUCIONALISMO VIVO

A CONSTITUCIONALIDADE DOS PROTOCOLOS AUTÔNOMOS E OS DILEMAS DO DIREITO À CONSULTA PRÉVIA NO BRASIL

Grupo temático 4

A REFORMA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E AS RELAÇÕES ENTRE OS PODERES DA REPÚBLICA: UMA ANÁLISE DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS APROVADAS DE 2019 A 2022

VETO NA CONSTITUINTE DE 1987-1988: UMA HISTÓRIA SOBRE RELAÇÃO ENTRE OS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO

O MODO DE NOMEAÇÃO DOS MEMBROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS RISCOS À IMPARCIALIDADE

A AUSÊNCIA DE PRAZO PARA O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE INICIAL DOS PEDIDOS DE IMPEACHMENT DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA COMO ENTRAVE À CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL

O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E O ELO ENTRE DIREITO E POLÍTICA EM PAÍSES DE MODERNIDADE TARDIA

CONTORNOS TEÓRICOS DA REGRA DA PONDERAÇÃO COMO PARTE DA TEORIA DA PROPORCIONALIDADE, NUMA PROPOSTA DE RESOLUÇÃO DA COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS INCIDENTES SOBRE O MESMO CASO CONCRETO

O DECISIONISMO DEMOCRÁTICO COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMIDADE DOS DIREITOS DAS MINORIAS NO BRASIL

DEMOCRATIC DECISIONISM AS A INSTRUMENT FOR THE LEGITIMITY OF MINORITIES' RIGHTS IN BRAZIL

Andréia Garcia Martin [1]

Resumo

A Constituição Federal de 1988 foi o marco da retomada da democracia brasileira. Para além da democracia formal, evidencia-se adoção de regime político misto, que ao lado da democracia representativa, tem-se a democracia participativa. A ideia de que a democracia representaria apenas o governo da maioria, nesta conjuntura, deve ser superada, principalmente por constatarmos a existência de variados grupos minoritários presentes na sociedade brasileira, que se caracterizam, não pelo reduzido número de cidadãos, mas pela reduzida efetividade das demandas e estrita participação e representação social. O problema desta pesquisa é a ausência de representação desses grupos minoritários, bem como a ausência de normas de representação, sendo as minorias condicionadas a uma desigualdade que decorre de sua própria estrutura. Assim, pretende-se apresentar alternativas democráticas no sentido de garantir aos grupos minoritários a ampla tutela de seus direitos fundamentais, utilizando-se da função contramajoritária atribuída ao Poder Judiciário, com aporte no decisionismo democrático. A hipótese que se toma como parâmetro é a de que por meio da atividade desempenhada pelo Poder Judiciário temos possibilidade de corrigir a ausência da participação democrática das minorias, vez que pela falta de atuação dos poderes políticos competentes, torna-se imprescindível a função do Poder Judiciário como garantidor dos direitos das minorias, pautado sob um viés democrático. A presente pesquisa utiliza-se do tipo de raciocínio dedutivo, pois visa, por meio das generalizações, aplicar o decisionismo democrático realizado pelo STF, em questões específicas de violação dos direitos dos grupos minoritários; e como tipo de pesquisa a bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Poder judiciário, Democracia, Minorias, Poder do povo, Decisionismo democrático

Abstract/Resumen/Résumé

The Federal Constitution of 1988 was the landmark of the resumption of Brazilian democracy. In addition to formal democracy, it is evident the adoption of a mixed political regime, which alongside representative democracy, there is participatory democracy. The idea that democracy would only represent the government of the majority, at this juncture, must be overcome, mainly because we can see the existence of various minority groups present in Brazilian society, which are characterized, not by the reduced number of citizens,

[1] Doutora em Direito Constitucional (PUC/SP). Mestra em Direito (ITE/Bauru). Líder do Grupo de Pesquisa IRIS Professora Efetiva da UEMG - Unidade Ituiutaba/MG. Docente da FACMAIS - Ituiutaba/MG. Advogada. E-mail: andreiagarciamartin@gmail.com

but by the reduced effectiveness of demands and strict participation and social representation. The problem of this research is the absence of representation of these minority groups, as well as the absence of norms of representation, being the minorities conditioned to an inequality that results from their own structure. Thus, it is intended to present democratic alternatives in order to guarantee to minority groups the broad protection of their fundamental rights, using the countermajoritarian function attributed to the Judiciary, with a contribution to democratic decisionism. The hypothesis that is taken as a parameter is that through the activity performed by the Judiciary we have the possibility of correcting the absence of democratic participation of minorities, since due to the lack of action of the competent political powers, the function of the Judiciary becomes essential. Judiciary as a guarantor of the rights of minorities, guided by a democratic bias. The present research uses the type of deductive reasoning, as it aims, through generalizations; and the type of research, bibliographic and documentary.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Democracy, Minorities, Power of the people, Democratic decision making, Judicial power

INTRODUÇÃO

A retomada da democracia em *terrae brasilis* teve como marco a Constituição Federal de 1988. Documento este que trouxe em seu bojo uma grande diversidade de ideologias, vez que além da participação direta dos anseios populares[1], também conjeturava as preocupações dos representantes do povo em solapar, de uma vez por todas, o regime ditatorial. A Constituição de Outubro de 1988 teve como resultado uma ampla conjugação de direitos fundamentais, além de ter como meta a tutela dos mais variados grupos ou interesses presentes na sociedade; dado este contexto, não sem razão é cognominada de "Constituição Cidadã"[2].

A Democracia é qualificativo presente desde o nome desta Constituição, em seu texto nota-se permeando o Preâmbulo e o art. 1º, em que consta que o Brasil é uma República que se constitui em Estado Democrático de Direito. Desta forma, vislumbra-se, logo em um primeiro contato, que se enquadra politicamente numa democracia, mesmo que formal.[3]

Na contemporaneidade, a democracia também pode ser compreendida de acordo com o fator ou grau de envolvimento e de participação social na vida política da sociedade. Desta forma, caso parcela da população esteja imiscuída do processo democrático, em virtude da utilização de um parâmetro democrático que acate unicamente a vontade da maioria na decisão política excluindo os grupos minoritários, apresenta-se imprescindível a adoção de procedimentos que tenham a função de superar tal disparidade na participação.

A atual conjuntura do Direito Constitucional, especificamente no que tange ao movimento neoconstitucionalista, que, no Brasil, teve seu prelúdio com a Constituição Federal de 1988, promove o protagonismo do Poder Judiciário acerca do pacto constitucional visando a concretização de seu conteúdo. Assim, apesar de diversas discussões que pairam sobre a legitimidade da função do Poder Judiciário em deter o poder de decidir sobre questões relegadas às minorias, vislumbra-se a crescente necessidade e efetividade da garantia dos direitos negados aos membros deste grupo.

O tema que ora se aborda pretende tentar estabelecer parâmetros para a constatação de um decisionismo democrático perante o Poder Judiciário, não um decisionismo puro que, sem qualquer

[1] O anseio em retomar a democracia no Brasil mobilizou toda a sociedade, após a convocação da Assembleia Nacional Constituinte e sua instauração, convocou-se a população para propor sugestões de assuntos que tinham por relevantes para fazerem parte do Texto Constitucional, foram cerca de 72.719 cartas, cada uma delas trazia o sonho de uma vida melhor e um país digno aos seus cidadãos. Foram chamadas de "Cartas dos Sonhos".

[2] O Presidente dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte o Deputado Ulisses Guimarães, em virtude da grandiosidade de conquistas sociais que passavam a fazer parte do novo Texto Constitucional, no discurso da sessão de 05 de outubro de 1988, ocasião de sua promulgação, nomina o novo Texto com tal qualificativo.

[3] Outros elementos dão a tônica da espécie de democracia adotada, como podemos extrair de parte do Preâmbulo: "Nós, os representantes do povo, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte [...]", ou seja, a democracia é representativa. Havendo, em alguns momentos, a possibilidade do exercício direto do poder do Estado, como pode-se observar do art. 14. Audiência pública, art. 58, II; "cooperação das associações representativas no planejamento municipal", art. 29, II; Lei n. 10.257/01 regulamentou os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, instituindo o orçamento participativo, bem como debates, audiências e consultas públicas a todos os poderes do Estado.

fundamento e valendo-se de excessiva discricionariedade, vem se implementando. Trata-se de uma hipótese de decisionismo que decorre da própria democracia, relacionando-se ao poder do povo, especialmente às minorias, de poder decidir sobre os assuntos que lhe interessam, superando a ideia de que democracia é, tão somente o governo da maioria.

O problema que se parte é a ausência de representação dos grupos minoritários, bem como a ausência de normas de representação, vez que as minorias estão sujeitas a uma desigualdade que decorre de sua própria estrutura. A hipótese que se toma como parâmetro é a de que por meio da atividade desempenhada pelo Poder Judiciário temos a possibilidade de corrigir a ausência da participação democrática das minorias, fato que garantirá a legitimidade para este grupo. A presente pesquisa vale-se como tipo de raciocínio do dedutivo, vez que visa, por meio das generalizações, aplicar o decisionismo democrático realizado pelo STF, em questões específicas de violação dos direitos dos grupos minoritários; e como tipo de pesquisa a bibliográfica e documental.

1 QUEM SÃO AS MINORIAS?

Inicialmente, antes de definirmos o que compreendem as minorias, é conveniente se analisar a relação existente entre minorias e grupos vulneráveis. Para este fim, a obra intitulada "Minorias e Grupos Vulneráveis", da autora Élida Seguin traz relevante análise sobre o tema. Assim, "pensa-se em minorias como um contingente numericamente inferior, como grupos de indivíduos, destacados por uma característica que os distingue dos outros habitantes do país, estando em quantidade menor em relação à população deste [...]". (SÉGUIN, 2002, p. 9).

Já os grupos vulneráveis, a já citada autora assevera que são constituídos por um contingente elevado de pessoas sob o âmbito numérico, *in verbis*: "os grupos vulneráveis podem constituir num grande contingente numericamente falando, como as mulheres, crianças e idosos. [Pessoas com deficiência] são grupos vulneráveis de poder". (SÉGUIN, 2002, p. 11). Ademais, a característica da vulnerabilidade, que permeia boa parte dos grupos existentes na sociedade é decorrência direta da "falta de poder" (ROGERS, 2008), refletindo na ausência de participação social, política, comunitária, etc. Com efeito, em face de muitas confusões que se faz entre as definições de minorias e grupos vulneráveis, temos que considerar que:

> Minorias e grupos vulneráveis não são expressões sinônimas, mas pela circunstância de seus integrantes encontrarem-se nas mesmas situações fáticas de discriminação, intolerância e fragilidade, por parte de uma parcela da sociedade, torna-se irrelevante a diferenciação conceitual e relevante sim, a tutela jurisdicional que se pode oferecer a esses excluídos. (BASTOS, 2011, p. 66).

Dessa forma, apesar das diferentes compreensões que se pode fazer de ambas, o certo é que a diferenciação, no entender de Elida Séguin, perde razão de ser, tendo em vista que tanto minorias quanto grupos vulneráveis sofrem exclusão, discriminação e intolerância. Neste sentido, tem-se por entendimento, que grupo

vulnerável é gênero, tendo as minorias como uma espécie. Sob essa concepção haveria uma categoria genérica (lato sensu) de grupo vulnerável, que se dividiria em grupo vulnerável stricto sensu e minorias, vez que pelo sentido que se dá às minorias, elas também seriam dotadas de vulnerabilidade e sofreriam reiterados processos de injustiça social e exclusão.

1.1 Conceito de Minorias

O termo minoria, conforme já salientamos acima, em seu sentido etimológico, compreenderia algo que se encontra numericamente prejudicado, de quantidade inferior. Entretanto, o sentido social e jurídico não se coaduna ao significado terminológico, pois minoria nem sempre se refere a um número pequeno ou de qualidade inferior, mas trata-se de grupos da sociedade que por variados motivos sofrem processo de marginalização, necessitando, portanto, serem incluídos[4].

Apesar da tutela jurídico-constitucional dos indivíduos de uma sociedade proceder-se de forma igualitária, segundo a máxima de que todos são iguais perante a lei, esta igualdade é apenas de índole formal, vez que não observa as diferenças e peculiaridades existentes dentre os membros da sociedade, fato que enseja grupos presentes no seio social que necessitam de uma forte atuação do Estado para alcançar o mesmo patamar de igualdade da maioria, como é o caso das minorias.

Com efeito, a tentativa de conceituar minorias é certamente precária e equívoca, pois as sociedades, em cada época, apresentam características diversas, bem como as conquistas galgadas pelo povo. Entretanto, Élida Séguin, assevera que "conceituar minorias é complexo, vez que sua realidade não pode ficar restrita apenas a critérios étnicos, religiosos, linguísticos ou culturais. Temos que sopesar sua realidade jurídica ante as conquistas modernas". (SÉGUIN, 2002, p. 9).[5]

O tema minorias há tempos faz parte das discussões da ONU na tentativa de uma conceituação que fosse universal. Contudo, um consenso nunca foi alcançado. O que se conseguiu estabelecer foi uma dupla diferenciação, que, segundo Gabi Wucher, divide-se em:

[4] Quanto desafio da inclusão social é relevante se asseverar que além das minorias, os grupos vulneráveis são outro segmento presente na sociedade que anseiam por inclusão, já que ambos grupos sofreram historicamente processo de exclusão ou marginalização no seio da sociedade. Tais grupos não possuem a mesma conceituação, mas são detentores de certa singularidade. Neste sentido, "o que se pretende em verdade é delinear àqueles segmentos da sociedade que possuem algum grau de vulneração e que demandam atuação estatal – especialmente jurisdicional – para tutelar seus direitos, que apesar de reconhecidos não se efetivam, mantendo-os, ainda no século XXI, excluídos das benesses da inclusão social" (GONÇALVES; MARTIN, 2012, p. 183-206).

[5] Ainda de acordo com a autora "existe certa confusão entre minorias e grupos vulneráveis. As primeiras seriam caracterizadas por ocupar uma posição de não dominância no país que vivem. Os grupos vulneráveis podem se constituir num grande contingente numericamente falando, como as mulheres, crianças e idosos. Para alguns são grupos vulneráveis, posto destituídos de poder, mas guardam a cidadania e os demais elementos que poderiam transformá-los em minorias. Na prática, tanto os grupos vulneráveis quanto as minorias sofrem discriminação e são vítimas de intolerância, motivo que nos levou, no presente estudo, a não nos atermos à diferença existente". (SÉGUIN, 2002, p. 12).

> Minorias "*by force*" aquelas minorias em seus membros que se encontram numa posição de inferioridade na sociedade em que vivem e que aspiram apenas a não serem discriminados em relação ao resto da sociedade, querendo adaptar e assimilar-se a esta. Em contrapartida, as minorias "by will" e seus membros exigem, além de não serem discriminados, a adoção de medidas especiais as quais permitam-lhes a preservação de suas características coletivas – culturais, religiosas ou linguísticas. Determinadas em preservar tais características, as minorias "*by will*" não querem se assimilar à sociedade em que vivem, mas integram-se nela como unidade distinta do resto da população. (WUCHER, 2000, p. 50-51)

Desta forma, enquanto a primeira (*by force*) pretende ver efetivado o objetivo constitucional de não-discriminação (art. 3º, inciso IV), a segunda (*by will*) necessita, além da não-discriminação, de uma atuação positiva do Estado no sentido de conservar sua cultura, peculiaridade e identidade, desejam ser incluídas no sistema de tutela visando seu reconhecimento, mas não pretendem ser integradas.

A rigor, em que pese a essencialidade da definição dessas espécies de minorias, diante da complexidade da sociedade brasileira, eivada de disparidades e dicotomias, a implementação de tais espécies fica prejudicada, pois um mesmo grupo minoritário pode, a depender do momento e da conjectura material e fática, ora se enquadrar como minoria "*by force*", ora minoria "*by will*".

Ademais, em função da ausência de univocidade que envolve o termo minorias, apresenta-se necessário se delimitar os redutos que possam confluir para a ampla participação de tal grupo na sociedade, visando especificamente uma maior reivindicação de direitos. Assim, ao lado de todos movimentos sociais dos mais variados grupos, o movimento em prol do diálogo sobre questões-chave que envolvem além da tutela, a efetividade de direitos, tais como igualdade, diferença, identidade, emancipação e reconhecimento, compondo-se num desempenho legítimo em direção da concretização de uma Democracia que se caracterize em pluralista, justa, solidária e participativa, em que a decisão/escolha política possa ser tomada pelos reais interessados.

No atual modelo constitucional, dada a iminente tutela constitucional das minorias, vislumbra-se a crescente ocupação pelas minorias nos redutos decisórios, antes dominados apenas pelas maiorias, com o objetivo de transformar a realidade posta. Redutos estes capazes de promover uma democracia plena a este grupo. Nesta conjectura, é evidente que essa participação mais ativa nem sempre é proporcionada pelos Poderes que passam pelo crivo democrático, apesar destes serem, em tese, os legítimos detentores de tal possibilidade, sabe-se que os interesses em jogo sempre são pessoais e não dos próprios representados.

Sendo assim, tem-se observado que o Poder Judiciário vem desempenhando papel relevante no enfrentamento das questões atinentes às minorias, tais como democracia, cidadania, igualdade e direitos fundamentais. Outrossim, a intromissão do Poder Judiciário, por meio de sua Corte Constitucional, deve-se ao fato do necessário acesso das minorias aos espaços de decisão, inferindo-se seu poder de escolha das questões que os afetam.

Entretanto, Boaventura de Sousa Santos aponta que nem sempre esta *proatividade* do Poder Judiciário possui um escopo democrático, asseverando que:

> Está em curso uma contrarrevolução jurídica em vários países latino-americanos. É possível que o Brasil venha a ser um deles. Entendo por contrarrevolução jurídica uma forma de ativismo judiciário conservador que consiste em neutralizar, por via judicial, muito dos avanços democráticos que foram conquistados ao longo das duas últimas décadas pela via política, quase sempre a partir de novas Constituições. (SANTOS, 2009).

Apesar do autor acima citado ser um tanto quanto cético quanto a autenticidade e legitimidade da manutenção das conquistas democráticas por meio da atividade judicial, ou melhor, pelo ativismo judicial, é evidente a atuação massiva do Poder Judiciário no sentido de concretizar o Texto Constitucional e, por via de consequência, de reconfigurar o Estado Democrático de Direito com base na promoção dos direitos e interesses das minorias, fato que corrobora para uma atividade qualificada como democrática, pois direciona suas decisões para a garantia dos direitos de parte da população.

Nesta senda, Oscar Vilhena Vieira assevera que a consignação apenas de uma democracia que preserva o poder de decisão da maioria é prejudicial ao grupo minoritário, cognominando-a de ditadura da maioria. (VIEIRA, 1994).

Ademais, democracia e constitucionalismo (neoconstitucionalismo) são concepções contrárias, pois enquanto a democracia refere-se ao exercício do poder, garantindo que a decisão da maior tenha força; o constitucionalismo lida com os limites desse poder, vez que a previsão de direitos fundamentais enseja a limitação dos poderes exercidos pelo Estado. Portanto, necessário se estabelecer uma relação em que haja um equilíbrio dentre essas duas concepções, visando a tutela efetiva das minorias.

Em verdade, a atuação mais contundente do Poder Judiciário, mais precisamente de seu órgão de cúpula, tem a função de corrigir a equação constitucional de fomentar aos grupos que sofreram histórico processo de exclusão, como as minorias, um reequilíbrio quanto a possibilidade de manifestação, retraçando as decisões ou escolhas deste grupo Segundo Luis Roberto Barroso, "a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes" (BARROSO, 2012, p. 25).

Tal situação se apresenta possível e legitimada diante da ausência de representatividade por parte das minorias. Portanto, o equilíbrio poderá ser conquistado diante da combinação entre poder de decisão democrático e a tutela dos direitos fundamentais das minorias focado na atuação do Poder Judiciário.

1.2 A Tutela das Minorias no Neoconsticucionalismo

Desde o prelúdio do Estado de Direito, no século XVIII, vislumbra-se a crescente locupletação de Direitos Fundamentais, inicialmente partindo de direitos de índole liberal, os direitos de liberdade (primeira dimensão de direitos fundamentais), em seguida, já no século XX, surgem os direitos de igualdade, de índole social (segunda dimensão de direitos fundamentais). Com o advento da Declaração Universal dos Direitos

Humanos, em 1948, tem-se o aparecimento dos Direitos de solidariedade ou fraternidade (terceira dimensão de direitos fundamentais).

Com esta última dimensão de direitos fundamentais, sufraga-se o que a doutrina constitucionalista nomina de neoconstitucionalismo, que decorrente do constitucionalismo surgido juntamente com o Estado de Direito, no século XVIII, ganha, na contemporaneidade, novos atributos que lhe fomentam uma renovada concepção. O neoconstitucionalismo sendo o movimento político, jurídico e social, que, sob o manto constitucional limita a atuação do Estado e tem a função de tutelar com mais contundência os direitos fundamentais dispostos na Carta Constitucional, especialmente quanto a certos grupos que foram excluídos no processo de democrático.

No Brasil, este movimento se apresenta formalmente com a Constituição Federal de 1988, fato que podemos observar por alguns fatores, tais como: a) ampliação do rol de direitos fundamentais, inclusive possibilitando a observância de outros direitos, mesmo que não explicitado, são os direitos fundamentais decorrentes do regime, dos princípios e dos tratados internacionais que o Brasil assinar (art. 5º, §2º); b) o documento constitucional ganha centralidade e superioridade no ordenamento jurídico; c) as normas constitucionais são dotadas de duas naturezas, quais sejam: princípios e regras. As normas com a natureza de princípio são aplicadas pela forma da ponderação e as normas de natureza de regras são aplicadas na forma da subsunção; d) compromisso constitucional do Estado na realização dos direitos fundamentais (Estado Promocional); e) Protagonismo Judiciário, forte atividade interpretativa do Poder Judiciário com o objetivo de garantir as previsões constitucionais; f) tutela de grupos que não foram contemplados nas Constituições anteriores, na forma de objetivo do Estado (art. 3º, inciso I e IV) de garantir a inclusão social.

Eis que, o papel da Carta da República no neoconstitucionalismo é tutelar o reconhecimento de direitos de grupos que apresentam pouca ou nenhuma representatividade na sociedade e, ainda, corrigir um problema presente na sociedade. Por que, tais grupos, apesar de estarem presentes na sociedade, nem sempre têm assegurado nesta sociedade seu lugar, quer para exercer seus direitos ou para manifestar sobre suas escolhas. O fato é que está ausente socialmente uma real preocupação com estes grupos, seja por total indiferença, seja por desconforto dos grupos majoritários com os rumos do Estado diante de seu reconhecimento.

2 DEMOCRACIA

A acepção etimológica do termo democracia, que possui origem do latim *Demokratia*, ou também, *democratia* do grego, é a junção de duas palavras de origem grega, quais sejam: *demo* com o significado de povo, e *Kratos* com o significado de poder, domínio, o que traz a ideia de poder do povo, ou governo do povo. Segundo o dicionário, democracia é:

> Regime político que se funda nos princípios da soberania popular e da distribuição equitativa do poder, ou, por outras palavras o regime de governo que se caracteriza, em sua essência, pela liberdade do ato eleitoral, pela divisão dos poderes e pelo controle da autoridade, isto é, dos poderes de decisão e de execução. (BOBBIO, 1983, p. 337).

Entretanto, a ideia de democracia não possui um sentido inequívoco em termos práticos, pois sua concepção vai depender do momento ou do fato que se toma por parâmetro para se fazer a análise. No entender de Pinto Ferreira, democracia é o "[...] governo constitucional das maiorias que, sobre as bases de uma relativa liberdade e igualdade, pelo menos a igualdade civil (a igualdade diante da lei), proporciona ao povo o poder de representação e fiscalização dos negócios públicos". (FERREIRA, 1995, p. 88)

A democracia contemporânea possui convergência em três grandes correntes históricas do pensamento político, sob tais correntes:

> *a*) a teoria clássica, divulgada como teoria aristotélica, das três formas de Governo, segundo a qual a Democracia, como Governo do povo, de todos os cidadãos, ou seja, de todos aqueles que gozam dos direitos de cidadania, se distingue da monarquia, como Governo de um só, e da aristocracia, como Governo de poucos; *b*) a teoria medieval, de origem romana, apoiada na soberania popular, na base da qual há a contraposição de uma concepção ascendente a uma concepção descendente da soberania conforme o poder supremo deriva do povo e se torna representativo ou deriva do príncipe e se transmite por delegação do superior para o inferior; *c*) a teoria moderna, conhecida como teoria de Maquiavel, nascida com o Estado moderno na forma das grandes monarquias, segundo a qual as formas históricas de Governo são essencialmente duas: a monarquia e a república, e a antiga Democracia nada mais é que uma forma de república (a outra é a aristocracia), onde se origina.(BOBBIO, 1983, p. 319).

Um dado que se apresenta incontestável é o de que a democracia acompanha o entendimento de superação de qualquer forma de governo autoritário, vez que para que ela exista, mesmo que minimamente ou sob uma dimensão nominal, deve haver alguma hipótese de participação popular. Sob um âmbito sociopolítico Joseph Schumpeter determina como uma espécie de "arranjo institucional para se alcançarem decisões políticas - legislativas e administrativas -, e, portanto, não pode ser um fim em si mesma, não importando as decisões que produza sob condições históricas dadas". (SCHUMPETER, 1984, p. 304). E ainda, diz que se conjectura com o "método que uma nação usa para chegar a decisões" (SCHUMPETER, 1984, p. 305).

Por esta percepção, fomenta-se a ideia de que o povo, em tese, tem uma concepção preestabelecida e lógica acerca das questões que lhe afetam, dando azo a tais concepções ao escolher os representantes que possibilitam a continuidade desse padrão de defesa de suas ideias, isto é, imagina-se que exista uma gama de bens ou interesses desejados pelo povo, no qual quem tem o dever de proteger são os detentores do poder político. Em que pese, ser difundida essas tradições que determinam, cada qual, uma ideia de democracia, na atualidade é possível conjecturar-se alguns problemas ínsitos a elas.

Neste sentido, dizer que democracia é fruto da soberania popular, da vontade soberana do povo, o governo do povo, é uma ilusão, vez que "o povo como tal nunca pode realmente governar ou dirigir" (SCHUMPETER, 1984, p. 308- 309), ou seja, o que existe verdadeiramente é um governo ratificado, legitimado, pelo povo. A democracia raramente é realizada diretamente pelo povo.

Outro ponto é sobre a possibilidade de a democracia ter como resultado, por meio dos representantes escolhidos, a garantia de benefícios a todos os cidadãos, por ser expoente da maioria da população. Entretanto, este nominado bem comum pode ser indevidamente levado a cabo, como algo inerente a todos, pois é, sob o aspecto fáctico, a existência de "algo que seja um bem comum unicamente determinado, sobre o qual todas as pessoas concordem ou sejam levadas a concordar através de argumentos racionais [...] para diferentes indivíduos e grupos, bem comum está fadado a significar diferentes coisas". (SCHUMPETER, 1984, p. 314-315).

Há de se considerar que, diante de grupos de apresentam certa disparidade, quer seja cultural, étnica ou social, pode-se afirmar que a expressão bem comum será até mais subjetiva e incongruente do que entre aqueles que não são expoentes das minorias. Outrossim, Norberto Bobbio aduz a mesma ideia exposta acima, de que é sofrível – senão quase impossível – definir os interesses de um grupo ou, em tese, que pertençam a todos, com elementos precisos. Os interesses dos representantes podem ser tomados como o interesse de todos, já que é quase impossível retirar do representante sua personalidade ou preferências (BOBBIO, 2006, p. 55)

Ora, caso existisse concretamente, um bem comum particularmente ou especificamente determinado, não haveria necessidade de se prezar pela pluralidade partidária ou mesmo se admitir como princípio fundamental do Estado o pluralismo político (art. 1º, V, Constituição Federal), fato que confirma permanente tensão de interesses presentes nos regimes democráticos.

A generalização, ou ainda a difusão de questões como sendo de todos de uma sociedade é irrealizável, pois conjectura-se inalcançável a abrangência dos direitos de grupos minoritários, já que os interesses desses, em regra, são divergentes com relação aos da maioria.

Sobre a necessidade de que nenhuma decisão tomada pela maioria possa limitar os direitos da minoria é relevante se apontar que, caso haja essa limitação, qual será o critério para identificá-la? Qual será o parâmetro observado? O que será decidido pelos representantes sempre observará os direitos e interesses das minorias?

Há necessidade de se estabelecer um limite material para a tomada de decisão da maioria, evitando a ofensa ou limitação dos direitos das minorias. Desta forma, observa-se que, por todo o explanado, o grande problema está em se prever como será possível se chegar a uma decisão política, não se enfocando no conteúdo dessa decisão. A técnica da decisão no âmbito político, sem a observância do conteúdo, deixa os elementos constitucionais contemporâneos esvaziados, especialmente pelo fato de atualmente vivermos sob o império da prevalência dos direitos fundamentais.

2.1 Democracia Participativa e Democracia Representativa

Historicamente, tem-se por berço da democracia a Grécia, ocasião em que os cidadãos reunidos na Ágora decidiam os rumos das Cidades-Estados gregas. Com o passar do tempo, o aumento populacional fez com que a democracia direta se transformasse em exceção, prevalecendo a democracia representativa ou indireta. Atualmente, a democracia participativa é utilizada para tentar minimizar os problemas insurgidos pela democracia representativa, dada a ausência de interferência direta em boa parte das questões que tem relevância aos cidadãos.

Desta forma, a democracia participativa ou direta fomenta hipóteses de decisão de certos assuntos pelo próprio cidadão, como ocorre no referendo, plebiscito e iniciativa popular, com a observância de certas regras inerentes a ela. Segundo Paulo Bonavides, tem-se que:

> [...] o constitucionalismo em países da periferia, como o Brasil, se acha em dissidência com a democracia indireta, com a mecânica representativa de governos corruptos, curvados a forças externas de pressão que lhe retiram não raro a independência, ao mesmo passo que lhe rebaixam a estatura de poder. (BONAVIDES, 2005).

Boaventura de Sousa Santos vislumbra a importância da democracia participativa ao afirmar que esta representa o estabelecimento de "alternativas de sociedade". (SANTOS, s/d, p. 9). Vislumbra-se que o Brasil adota um regime democrático misto, combina-se a democracia representativa com alguns elementos da democracia participativa com o intuito de criar possibilidades de escolhas. Entretanto, dada sua limitabilidade as possibilidades criadas são extremamente parcas.

Com a insustentabilidade de manutenção da democracia direta (participativa) passa-se a adotar a democracia representativa. Esta, por sua vez, é classicamente o tipo de regime político mais difundido desde o Estado Liberal. A ascensão deste Estado teve como premissa nuclear a ruptura do absolutismo monárquico, que impingia à população dominação e ausência de direitos. O povo é legítimo titular do poder, entretanto, em virtude da impossibilidade de todos da sociedade poderem sempre deliberarem sobre tudo, fez nascer a representação, pois dessa forma a consulta popular ficaria mais direcionada apenas ao momento de escolha daqueles que representariam os cidadãos, ou seja, o poder do povo seria delegado aos representantes.

Eis que, a Democracia Representativa tem se revelado demasiadamente generalizada, comprometendo a própria representação, além de fomentar a ideologização de um representante fiduciário, que apesar da periodicidade dos mandatos e a possibilidade de alternância no poder, o contingente eleito são sempre os mesmos. A representatividade é individual, sem qualquer evidência pública ou social.

Tais fatos proporcionam questionamentos sobre o que fomentaria a atual democracia, bem como quais seriam as instituições ou órgãos do Estado que teriam a função de assegurar seu pleno exercício e, ainda, quais seriam seus limites. O certo é que, apesar de adotarmos um regime político democrático, vivemos sob uma égide socialmente fascista, um contrato social que exclui os anseios de certos grupos minoritários.

Boaventura de Sousa Santos chama de fascismo contratual, segundo o qual: "a diferença de poder entre as partes do contrato de direito civil é de tal ordem que a parte mais fraca, vulnerabilizada por não ter alternativas ao contrato, aceita as condições que lhe são impostas pela parte mais poderosa." (SANTOS, 1998, p. 24). Ou seja, a democracia é meramente formal, não realiza todos os seus fundamentos e a possibilidade de participação direta é um placebo que serve de desculpa à má gestão e representatividade legislativa e executiva. A democracia representativa prescinde a liberdade no poder de escolha.

Com efeito, em tese, enquanto a liberdade representa o poder de decidir à luz da vontade da maioria, ela também arvora a proteção dos direitos da minoria. A democracia participativa fomentada apenas pela fórmula "sim *versus* não", durante a liberdade de escolha, torna inócuo seu objetivo de ampla participação dos cidadãos nos assuntos da sociedade e do Estado, especialmente quando se trata de questões relacionada a minorias ou grupos vulneráveis, pois reduz suas reais necessidade a comandos simplistas e estanques, o que não condiz com a meta constitucional de garantir o bem de todos e construir uma sociedade livre justa e solidária.

2.2 Democracia Formal e Substancial

A configuração de um Estado como democrático do âmbito formal ou material dependerá do grau de desenvolvimento do Estado e a maturação interna do regime democrático. Neste sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello (1998, p. 258)[6], aduz que há diversas formas de abrangência da democracia num Estado, conforme cumpra apenas um preceito formal ou alcance um patamar substancial. A democracia formal e substancial, diferentemente das anteriores classificações, tem como referencial o conteúdo das declarações de Direitos Fundamentais.

Enquanto uma é determinada pelo aspecto teórico e estático das disposições normativas (democracia formal), a segunda busca suplantar a teoria para realmente concretizar os direitos fundamentais expressos no Texto. Com efeito, tem-se que o poder de tomar decisões políticas deverá ater-se à preservação e efetividade de direitos fundamentais, não restringindo tais direitos. Assim, por representar o controle sobre os poderes da maioria, fomenta-se a função contramajoritária afeita aos direitos fundamentais.

[6] Atesta a indispensabilidade em apontar a diferença entre Estados formalmente democráticos e Estados Substancialmente Democráticos, bem como aqueles que se encontram em transição para a Democracia. Os formalmente constitucionais valem-se da Democracia simplesmente como uma característica do Estado, conjeturam Constituições com alto grau de inefetividade dos direitos presente em seu texto, os valores democráticos permeiam apenas a teoria O Estado Democrático brasileiro configura-se como um Estado em transição para a democracia. Em face de tal afirmação, tem-se que: "Na medida em que suas instituições e prática estejam voltadas a este efeito transformador, caberia qualificá-las como Estados em transição para a democracia. Entretanto, se, em despeito do formal obséquio que lhe prestem através das correspondentes instituições clássicas, deixarem de consagrar-se à instauração das condições propiciatórias de uma real vivência e consciência de cidadania, não se lhes poderá reconhecer sequer este caráter" (MELLO, 1998, p. 258.

Ademais, Luigi Ferrajoli (2001) expõe que o aspecto substancial da democracia é diferente da mera consignação em direitos políticos, afeita à dimensão meramente formal, pois conjectura os valores mais relevantes das determinações constitucionais, com os elementos da democracia política A democracia substancial possui íntima relação ao conteúdo tutelado pela Constituição, como seus princípios, valores, direitos fundamentais, etc. É visível que os direitos fundamentais "são princípios que impõe a realização da dimensão material da democracia substancial". (STRECK, 2004, p. 182). Eis que, a democracia substancial possui íntima relação com o conteúdo tutelado pela Constituição, desta forma,

> Para se alcançar a democracia substancial no Brasil, necessário se faz a combinação dos instrumentos de um procedimento jurisdicional adequado com os de uma democracia formal. Pois, não se deve utilizar a expressão Democracia tão-só para nominar um Estado, deve-se valer dessa para promover a necessária e real transformação na Sociedade, concretizando e efetivando os direitos fundamentais consagrados constitucionalmente. (MARTIN, 2009, p. 6377).

O isolamento da democracia em um aspecto meramente formal torna tal regime como uma pintura sem cor. Os anseios democráticos quedam-se plasmados apenas na letra fria da lei, não promovendo o preceituado constitucionalmente. Situação de deixa esvaziada a própria previsão de tutela de direitos fundamentais.

3 DECISÃO, PODER E LEGITIMIDADE

O poder de decisão presente nas espécies de democracia, em suas mais variadas facetas, está adstrito às previsões estabelecidas pelo Direito. Sendo assim, a possibilidade de participação do povo no poder, por exemplo por meio da democracia participativa, fomenta a vontade do povo através de seus representantes.

Logo, vislumbra-se que por haver uma forma de controle ou institucionalização do poder pelo próprio Estado, generaliza-se ficticiamente as expectativas quanto a participação do povo nos rumos da nação, porque, possivelmente ele assegurara a "impossibilidade do acesso delas ao poder, segundo suas regras, ao mesmo tempo que lhes cria a ilusão, de que esse acesso é possível".(WOLKMER, 2003, p. 77 Apud POULANTZAS, 1978, p. 343-344).

O cidadão tem a ilusão de que por meio da escolha da maioria lhe é atribuída a função de mudar os rumos do Estado. Ledo engano! Ora, uma vez procedida a delegação do poder nas mãos de seus representantes, estes nem sempre deterão o mesmo *modus operandi democrático*, de realmente representar os que os escolheram. Em que pese, sabermos da imprescindibilidade de haver "por trás de todos e qualquer poder, seja ele político ou jurídico, subsiste uma condição de credores consensualmente aceitos que refletem os interesses, as aspirações e as necessidades de uma determinada comunidade". (WOLKMER, 2003, p. 80). Desta forma, suscitando que nem sempre possível compatibilidade de interesses a serem defendidos pelos representantes do povo, tem-se que legitimidade: [...] incide na esfera da consensualidade dos ideais, dos fundamentos, das crenças, dos valores e dos princípios ideológicos. (WOLKMER, 2003, p. 81). E ainda, a legitimidade pode ser

entendida como "uma 'qualidade do título do poder'", bem como "implica numa noção substantiva e ético-política. (WOLKMER, 2003). Portanto, deterá legitimidade aquele que detém o poder de decidir sobre assuntos de interesse de certo grupo da sociedade. Quanto a conceituação material, assevera ainda o citado autor que:

> Legitimidade condiz com uma situação, atitude, decisão ou comportamento inerente ou não ao poder, cuja especificidade é marcada pelo equilíbrio entre a ação dos indivíduos e os valores sociais, ou seja, a prática da obediência transformada em adesão é assegurada por um consenso valorativo livremente manifestado sem que se faça obrigatório o uso da força. (WOLKMER, 2003, p. 84).

A rigor, para haver legitimidade, seja de um órgão estatal ou mesmo de um grupo da sociedade, acerca de suas decisões, não basta simplesmente referir-se a escolha da maioria, como comumente ocorre na democracia representativo. É imprescindível que esta decisão seja compatível quanto ao conteúdo de que trata esta decisão. Em termos, o poder de decisão está condicionado, para se tornar legítimo, aos valores tutelados pelo Texto Constitucional. Não é suficiente o cumprimento da lei – princípio da legalidade –, pois "numa cultura jurídica pluralista, democrática e participativa, a legitimidade não se funda na legalidade positiva, mas resulta da consensualidade das práticas sociais instituintes e das necessidades reconhecidas como reais, justas e éticas". (WOLKMER, 2003, p. 89).

As minorias sendo titulares do poder de decidir, sendo diminuta sua participação na democracia, outorgam a um ente do Estado este poder, com o intuito de efetivar seus direitos fundamentais. Assim, como nem sempre é observada esta compatibilidade entre o poder de decidir e a preservação de valores constitucionais em tais decisões, por vezes ocorrerá a substituição do original legitimado na tomada de decisão pela atividade desempenhada Poder Judiciário.

4 DEMOCRACIA, DECISÃO DEMOCRÁTICA E DECICIONISMO

O quadro *pintado* pelo regime democrático pressupõe uma coesão entre os tipos adotados em um Estado que possui essa natureza, é dizer que este Estado deve estar pautado em decisões que tenham índole democrática, quer estas decorram da manifestação direta dos cidadãos, quer dos representantes, ou mesmo dos que tenham a função de guardar os preceitos constitucionais.

Ora, a democracia não se deduz simplesmente do ato de manifestação de vontade, traduzindo a forma mais básica de exercício do poder pelo povo, mas também decorre do processo de construção e garantia desta vontade, pressupondo-se que seja respeitada.

Outrossim, Jünger Habermas (1997), precursor da teoria da democracia deliberativa, ensinando que a redução da democracia em uma sistemática que fomente a mera escolha dos governantes, em que o poder de decidir restringe-se ao voto, torna-a deveras simplificada e esvaziada de seu real significado. O citado autor entende que diante da natureza de tais decisões, qual seja, política, estas não podem apresentar-se desconectadas

às demandas provenientes da sociedade, que sustentam a tônica da democracia. Corrobora Boaventura de Sousa Santos, afirmando que "estes padrões mínimos de inclusão são indispensáveis para transformar a instabilidade institucional em campo de deliberação democrática". (SANTOS, 2002, p. 48).

Ronald Dworkin ressalta esse aspecto da democracia ao afirmar que "[...] nenhuma democracia proporciona a igualdade genuína de poder político [...]", e que "[...] membros de minorias organizadas têm, como indivíduos, menos poder que membros individuais de outros grupos que são, enquanto grupos, mais poderosos" (DWORKIN, 2005, p. 31).

Com efeito, convém constatar que os modelos democráticos no percorrer da história tinham a pretensão de estabelecer regras e procedimentos no desempenho das questões democráticas, imaginando que desta forma outorgariam às decisões uma espécie de validade. Entretanto, o que realmente possibilita essa validade. O regime democrático pressupõe que o poder do Estado seja desempenhado por meio de decisões. Assim, dependendo do tipo de democracia que vigore em determinado Estado estas decisões serão tomadas pelo soberano, pelos poderes políticos ou ainda pelos próprios cidadãos.

No entender de Carl Schmitt, "para o jurista de tipo decisionista a fonte de todo o 'direito', isto é de todas as normas e os ordenamentos sucessivos, não é o comando enquanto comando, mas a autoridade ou soberania de uma *decisão* final, que vem tomada junto com o comando". (SCHMITT, 1972, p. 261)[7] Desta forma, a fonte do Direito decorre da autoridade das decisões tomadas em uma democracia, tendo, portanto, a capacidade de legitimar dentro de um Estado a força do próprio Direito. O sentido político de Constituição, segundo a concepção de Carl Schmitt, é a decisão política fundamental de um Estado, assim o que outorga legitimidade à Constituição é o decisionismo, ou seja, é a técnica que possibilita o poder de escolha em um Estado, o exercício da soberania. Sendo assim, justifica-se afirmarmos que a soberania advém do povo, na democracia, ou do monarca, em regimes monárquicos.

Ante a tal aspecto, considerando a realidade nacional, Lênio Luiz Streck aponta que "no Estado democrático de Direito, o Direito é transformador. O Direito é intervencionista". Ademais, "o Poder Executivo não pode – só porque foi eleito e há toda uma programação e ele tem o respaldo das urnas – tomar decisões que se distanciem da programaticidade principiológica da Constituição que estabelece o Estado democrático de Direito". (STRECK, 1999, p. 101).

A decisão da maioria por este ou aquele candidato num pleito eleitoral, pelo sim ou pelo não, inobstante seja legítima, não pode ratificar uma situação intrincada de arbitrariedades, desmandos, retrocessos

[7] Desta forma, vislumbra-se que o que tem força não é essencialmente o texto da lei, mas aquele que possui legitimidade para realizar a decisão, seja de forma direta, por meio dos instrumentos democráticos, ou de forma indireta. Neste ponto, entende-se que a democracia indireta pode ser tida como o poder outorgado aos representantes por seus naturais titulares. Assim, enquanto a maioria outorga esse poder aos representantes que possuem natureza política, às minorias, dada a desconsideração ou exclusão do processo decisório, caberá outorgar tal poder ao Poder Judiciário, no intuito de se ver representada nesta democracia.

e descumprimentos dos preceitos constitucionais. Ora, a Carta Constitucional é que define os limites da legitimidade daqueles que decidem. Os Poderes estatais encontram-se em crise, "de fato, a progressiva erosão dos poderes legislativos do Parlamento, que hoje se limita, com frequência, a ratificar disposições promulgadas do Executivo sob a forma de decretos com força de lei, tornou-se desde então sua prática comum". (AGAMBEN, 2012, p. 19)

Devemos superar o paradigma liberal, enquanto na "[...] na declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, Constituição é separação de poderes e direitos fundamentais". Tem-se que no "Estado de Direito material dos nossos dias, deve haver a consciência da instrumentalidade do primeiro princípio, a separação dos poderes, relativamente aos segundos, os direitos fundamentais". (NOVAIS, 2012, p. 203).

A máxima de que todo poder emana do povo, ou dos cidadãos, dão a tônica para que o direito conjecture o alcance da justiça social. Sendo necessário que as previsões normativas sejam provenientes também dos próprios membros da sociedade, na medida em que tem a finalidade de promover a participação e garantir a democracia, bem como fundamentar a indicação de direitos que atinjam concretamente sua efetividade e cumpra-se o núcleo material da Constituição. A soberania popular é instrumento de decisão, mas ela isoladamente não basta. Pois, a decisão proveniente do povo ou sociedade também é capaz de criar direito, possibilitando a legitimidade das minorias no processo decisório com o intuito de tutelá-las de forma mais adequada.

4.1 A Natureza democrática das Decisões do Poder Judiciário

O Estado Democrático de Direito forjado pelo neoconstitucionalismo dá tônica à nova roupagem assumida pelo Poder Judiciário. Os fatores como a complexificação da sociedade, a diminuta representatividade das minorias pelos órgãos políticos, incluindo as questões voltadas à observância de seus direitos, ou melhor, do desleixo com os direitos fundamentais desse grupo. Neste ínterim, necessária se faz a redefinição do papel do Poder Judiciário em um Estado que se pretende democrático, tendo a função de conjecturar hipóteses de decisões decorrentes de novas possibilidade de consenso ou âmbitos de exaração da democracia na sociedade.

Convém observar que "a construção de novos canais de legitimação social passa, necessariamente, pela transformação dos instrumentos de mediação dos conflitos tradicionalmente utilizados pelo Judiciário". (CAMPILONGO, 1994, p. 118)

Neste patamar, pode-se conjecturar que o Poder Judiciário apresenta relevante papel na contemporaneidade, vez que, conforme Carl Schmitt preceitua, a sentença é um momento de grande relevância

para o Direito. Desta forma, tem-se que o Poder Judiciário tomado do decisionismo conferido pelo cidadão que pertença a uma minoria terá a capacidade de prolatar decisões democráticas.

A natureza democrática do decisionismo no reduto do Poder Judiciário pode ser observada face a alguns elementos. O primeiro trata da natureza da tarefa afeita ao julgador, que apesar de prolatar uma decisão detentora de força jurídica, tal decisão terá cunho social e político ante a análise dos valores previstos no Texto Constitucional.

Destarte, "a avaliação feita pelo magistrado no momento de aplicar a lei não está submetido apenas à observância estrita da letra da norma jurídica. A tarefa do julgador não é meramente técnica. Ao contrário, é social e politicamente determinada". (CAMPILONGO, 1994, p. 118).

Pelo segundo, observa-se que, diferentemente do que ocorre com os demais Poderes, que somente se interessam pelo povo em época de eleição, o Poder Judiciário apresenta-se mais sensibilizado em *ouvir* aqueles que o buscam, especialmente quando são pertencentes a grupos marginalizados da sociedade, como as minorias. Em regra, "o cidadão deposita no Judiciário a confiança que perdeu nos outros poderes. E os magistrados dão guarida às pretensões dos que buscam os tribunais. Esse jogo, que garante momentos de reciproca legitimação dos envolvidos". (CAMPILONGO, 1994, p. 121).

Um terceiro elemento, trata-se da mal falada invasão das funções dos demais Poderes pelo Poder Judiciário. Entretanto, "ampliar os poderes do juiz (o que parece uma tendência mundial) não significa transformá-lo numa figura arbitrária". (CAMPILONGO, 1994, p. 121).

Conforme se deblaterou alhures, acerca da necessidade de redefinição do papel do Judiciário, Luiz Roberto Barroso sinaliza para os papéis desempenhados pelo STF. Tais papéis são claramente diferentes, por apontarem em direções opostas:

> O primeiro papel é apelidado, na teoria constitucional, de *contramajoritário*: em nome da Constituição, da proteção das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, cabe a ela a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis (*i.e.*, de decisões majoritárias tomadas pelo Congresso) e de atos do Poder Executivo (cujo chefe foi eleito pela maioria absoluta dos cidadãos). Vale dizer: agentes públicos não eleitos, como juízes e ministros do STF, podem sobrepor a sua razão à dos tradicionais representantes da política majoritária. Daí o termo contramajoritário. O segundo papel, menos debatido na teoria constitucional, foi por nós destacado na resenha do ano passado e referido como *representativo*. Trata-se, como o nome sugere, do atendimento, pelo Tribunal, de demandas sociais e de anseios políticos que não foram satisfeitos a tempo e a hora pelo Congresso Nacional. (BARROSO, 2020, p. 477). [8]

[8] Ademais, Luis Roberto Barroso, levanta uma relevante questão, "O que não se poderia aceitar é a conversão do Judiciário em mais um canal da política majoritária, subserviente à opinião pública ou pautado pelas pressões da mídia. Ausente essa relação de subordinação, o alinhamento eventual com a vontade popular dominante é uma circunstância feliz e, em última instância, aumenta o capital político de que a Corte dispõe para poder se impor, de forma contramajoritária, nos momentos em que isso seja necessário." (BARROSO, 2020, 478). Ora, caso os poderes competentes apresentem-se inertes diante de sua função caberá ao Poder Judiciário cumprir tal mister, em fomentar os direitos de grupos minoritários atuando contra a ditadura da maioria. (Vide: REIS, 2022).

Em complemento, em relevante decisão relatada pelo Ministro Luís Felipe Salomão no Recurso Especial nº. 1.183.378/RS, perante o STJ, tem-se a constatação da delimitação da função contramajoritária exercida pelo Poder Judiciário, conforme deduz:

> Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos. (BRASIL, 2011).[9]

Mais recentemente, o STF retoma o assunto na decisão que equipara do crime de homotransfobia ao crime de racismo, reputando assim que exercer tal função contramajoritária é fomentar efetiva tutela às minorias. Ou seja, o STF exerce "o papel de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou contra omissões que se tornem lesivas, diante da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica." (BRASIL, 2019). Vez que, com o intuito de não se consentir que a democracia se restrinja a mera caracterização político-jurídica, de ordem conceitual ou nominal, eis que "torna-se necessário assegurar às minorias a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, os direitos fundamentais assegurados a todos. Ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários" (BRASIL, 2019).

Numa sociedade com tantas diferenças como a brasileira, a não observância das necessidades de grupos minoritários, mesmo que delineados por preceitos constitucionais reputa negação às minorias o pertencimento social, é incentivar ainda mais a exclusão e a intolerância, é ofender a dignidade ínsita de qualquer cidadão presente nos limites territoriais nacionais. Decisões como a citada acima reforçam a concepção da adoção do sistema político democrático e, como de maneira cíclica, outorgam a elas qualidade de democrática, denotando um certo caráter representativo.

Deixado de lado as mais severas críticas contra o ativismo por parte de juristas nacionais[10], tem-se que o Poder Judiciário, por meio de sua Jurisdição Constitucional que, "alternando momentos de ativismo e de autocontenção", tem-se firmado como "instrumento de mediação das forças políticas e de proteção dos direitos fundamentais." (BARROSO, 2020, p. 478).

A mediação de forças políticas enseja a possibilidade de um decisionismo democrático, suplantando a mera consignação da representatividade da maioria.

---

[9] Ademais, após esta decisão, o Conselho Nacional de Justiça passou a acolhe-la e exigir seu cumprimento em todo território nacional por meio da Resolução n. 175.

[10] O jurista Lênio Streck é um expoente de combatividade ao Ativismo Judicial, principalmente aquele exercido pelo STF, na atualidade.

Considerando que o papel de uma Constituição, dentro de uma democracia, é fomentar o reconhecimento de direitos dos diversos grupos da sociedade, sejam eles pertencentes a grupos majoritários ou minoritários, é legítima atuação do Poder Judiciário visando tal escopo. No entender de Luís Roberto Barroso:

> Há situações em que o processo político majoritário fica emperrado pela obstrução de forças políticas minoritárias, mas influentes, ou por vicissitudes históricas da tramitação legislativa. De outras vezes, direitos fundamentais de um grupo politicamente menos expressivo podem ser sufocados. Nesses cenários, somente o Judiciário e, mais especificamente, o tribunal constitucional pode fazer avançar o processo político e social, ao menos com a urgência esperável. (BARROSO, 2011, p. 287).

Pelo fato do Texto Constitucional trazer a tutela das minorias em seu bojo observa-se que diante da necessidade de reconhecimento de seus direitos e das peculiaridades que lhe são inerentes, faz-se mister a adoção de uma decisão de índole política por parte dos entes estatais, ensejando a realização dos direitos deste grupo.

Ora, a constatação de que há grupos dentro da sociedade que não estão sendo ouvidos pelo Estado teria a capacidade de promover uma limitação nas decisões tomadas pela maioria, pois quando se trata de efetivação de direitos fundamentais para cumprir o objetivo de uma sociedade livre, justa e solidária, realmente se confirmando a democracia, queda-se prejudicada a decisão fundada simplesmente na vontade da maioria.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As sociedades atuais, principalmente aquelas que trespassaram por regimes autoritários ou ditatoriais, reprogramaram sua conjuntura após o período de exceção de forma a contemplar regimes democráticos. Esse foi o caso brasileiro, após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Contudo, passados trinta anos de sua promulgação, vê-se que a sobrelevada importância que se outorgou à soberania popular queda-se um tanto quanto superficial e obsoleta quando se fala de democracia.

O processo de redemocratização nacional ocorreu a duras penas. Entretanto, o acordado na década de oitenta do século passado não mais supre as necessidades do século XXI, bem como serve de orientação para os planos de governo hodierno. Atualmente vislumbra-se um contingente de membros da sociedade privados de boa parte dos bens que competiria ao Estado garantir, encontrando-se excluídos ou marginalizados socialmente.

A democracia considerada como o poder do povo pelo povo é falaciosa, por dois aspectos. Primeiro, porque a exclusividade da observância da vontade da maioria tem a tendência de excluir a minoria. Não a minoria derrotada nas urnas, mas a minoria que nem sequer teve condições de participar do processo democrático. O foco na decisão da maioria cria um abismo social, é a chamada ditadura da maioria.

Um segundo ponto, trata-se da ausência de instrumentos que permitam a participação de todos. Considerando que o poder de decidir sobre as questões tanto da sociedade como do Estado pertence ao povo,

caso se acate unicamente a vontade da maioria na decisão política, excluindo os grupos minoritários, estar-se-à criando uma desigualdade democrática.

Assim, torna-se imprescindível a adoção de procedimentos que tenham a função de superar tal disparidade na participação.

Ora, no neoconstitucionalismo não é suficiente apenas a preservação do regime democrático por meio do voto (democracia direta) e que os representantes escolhidos decidam pelos legítimos titulares (democracia indireta); torna-se imprescindível a associação deste regime aos preceitos constitucionais que trazem as exortações de direitos e garantias fundamentais, bem como os valores adotados pelo Estado.

Eis que, a associação entre democracia e direitos fundamentais, outorga aos grupos minoritários maior legitimidade em exigir os direitos que lhes foram negados.

Desta forma, o poder de decisão decorrente da democracia e conjugado com a substancia do Texto Constitucional tem a função de fomentar ao Poder Judiciário um aspecto democrático em suas decisões, quando estas decorrem de demandas das minorias presentes na sociedade.

Ora, se o poder de decidir é outorgado aos representantes do Estado que possuem mandato, sendo este fator que legitima a atuação estes. Tem-se, ainda, por imperioso considerarmos que o poder de decidir, também conferido às minorias, que ao ser designado ao Poder Judiciário, por demanda requerida por cidadãos membros deste grupo, refletem diretamente na tutela de seus direitos fundamentais.

A decisão (decisionismo) advinda do Poder Judiciário, por outorga das minorias, galgaria o qualificativo de democrático, atribuindo legitimidade às suas demandas, vez que, em que pese o direcionamento de gestão servir à maioria, a minoria não pode ser olvidada em suas necessidades por aqueles que detém o poder, vez que tem dever constitucional para tanto.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Iraci de Poleti. São Paulo: Boitempo, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**: Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p. 23-32

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BASTOS, Marcelo dos Santos. Da inclusão das minorias e dos grupos vulneráveis: uma vertente eficaz e necessária para a continuidade da ordem jurídica constitucional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC. n. 18. jul.-dez. 2011.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 10. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO; Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini, v. 1. 11. ed. Brasília, UNB,1983.

BONAVIDES, Paulo. In: Anais. **As bases da Democracia Participativa**: Palestra proferida no "I Encontro Nacional da Associação Juízes para a Democracia em Recife/PE", no dia 01/12/2005 cujo tema era "Por um direito constitucional de lutas e resistência", em mesa presidida pelo cientista político e juiz de direito João Batista Damasceno. Disponível em: http:///G:/jus.com/p_bonavides_27.htm. Acesso em: 05 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de nº 26.** Constitucional. Art. 5º, XLI e XLII, da Constituição da República. Criminalização da homofobia e da transfobia. Não conhecimento do pedido de indenização por danos a vítimas de homofobia. Mandado de criminalização da homofobia. Configuração de racismo. Lei 7.716/1989. Conceito de raça. Interpretação conforme a constituição. Mora legislativa. Fixação de prazo para o Congresso Nacional legislar. Relator Ministro Celso de Mello, 28 de junho de 2019. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. STJ. **Recurso Especial nº. 1.183.378/RS**, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, Brasília, 25 out. 2011. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_1183378_RS_1330972067974.pdf?Signature=YxCjFPwA5cSe%2FNxqwvwRY%2FXgJm8%3D&Expires=1548805461&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=6614bce5618ad15c0806d4ac79e931ac. Acesso em: 29 jan. 2022.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. O Judiciário e a Democracia no Brasil. **Revista USP**. São Paulo, n. 21, 1994, p. 116-125.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trota, 2001.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GONÇALVES, Ana Catarina Piffer ; MARTIN, Andréia Garcia. Acesso à justiça inclusivo: formas do Poder Judiciário e do Ministério Público superarem a exclusão social dos grupos vulneráveis. In: **XXI Encontro Nacional do CONPEDI**, 2012, Uberlândia/MG. Sistema Jurídico e Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos. Florianópolis: Boiteux, 2012, p. 183-206.

HABERMAS, Jünger. Três modelos normativos de democracia. **Lua Nova**, n. 36, 1995.

HABERMAS, Jünger. **Direito e democracia**: entre factilidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 2, 1997.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Constituição, soberania e ditadura em Carl Schmitt. **Lua Nova**: revista de cultura e política, n. 42, p. 119-144, 1997.

MARTIN, Andréia Garcia. A Jurisdição como Instrumento de Alcance da Democracia Substancial. In: **XVIII Encontro Nacional do Conpedi**, 2009, Maringá. Anais do XVIII Encontro Nacional do Conpedi. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 6359-6384.

MASCARO, Alysson Leandro. Nos extremos do direito (Schmitt e Pachukanis). **Lua Nova**: revista de cultura política, n. 57, p. 135-140, 2002.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. A Democracia e suas Dificuldade Contemporâneas. In: **Revista de Informação Legislativa,** a. 35 n. 137 jan./mar: Brasília, 1998.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado democrático de direito**. Coimbra: Coimbra, 2012.

REIS, Fabrício de Almeida Silva. **A atuação (contra) majoritária do Supremo Tribunal Federal e a proteção constitucional das minorias**: duas hipóteses no Brasil. São Paulo: Dialética, 2022.

ROGERS, Wendy; BALLANTYNE, Angela. Populações especiais: vulnerabilidade e proteção. **RECIIS** – R. Eletr. de Com. Inf. Inov. Saúde, Rio de Janeiro, v. 2, p. 31-41, dez. 2008

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Globalización y democracia**. Bogotá: Palestra, sem data.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reinventar a democracia**. 2. ed. Colecção Fundação Mário Soares. Lisboa: Gradiva, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A contrarrevolução jurídica**. Disponível em http://unisinos.br/blog/ppgdireito/2009/12/05/a-contrarrevolucao-juridica/. Acesso em 12 de jan. 2022.

SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis**: uma abordagem jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SCHMITT, Carl. **Itre tipi dipensierogiuridico**, *in* Le Categoriedel Político. Trad. Gianfranco Miglio e Pierangelo Schiera. Bolonha: Il Mulino, 1972.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. Controle externo, súmulas vinculantes e a reforma do Judiciário como condição de democracia?. In: **A constituição democrática brasileira e o poder judiciário**. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, Centro de Estudos, (Debates; 20), 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Uma Nova Crítica do Direito. 2 ed. Rio de janeiro: Forense, 2004.

WOLKMER. Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WUCHER, Gabi. **Minorias**: proteção internacional em prol da democracia. São Paulo: Juarez Oliveira, 2000.