



O DISCURSO DO MINIMALISMO JUDICIAL NA ADPF Nº412: A CONSTRUÇÃO DO SILÊNCIO JURÍDICO FRENTE AOS DIREITOS DAS MINORIAS

The discourse of judicial minimalism in ADPF nº 412: the construction of legal silence in the face of minorities' rights

Luana Rosário

Universidade Estadual de Santa Cruz - UESC

ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-6276-8697>

E-mail: lpdrosario@gmail.com

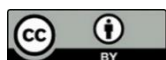
Valdicléa Souza

Universidade Estadual de Santa Cruz - UESC

ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-6005-8798>

E-mail: valdicleasouza@hotmail.com

Trabalho enviado em 10 de abril de 2023 e aceito em 28 de junho de 2023



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Rev. Quaestio Iuris., Rio de Janeiro, Vol. 17, N.01, 2024, p. 266-305

Luana Rosário e Valdicléa Souza

DOI: [10.12957/rqi.2024.74866](https://doi.org/10.12957/rqi.2024.74866)

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo verificar se o não conhecimento da ADPF 412 reflete e refrata um discurso de autocontenção do juízo na atividade hermenêutica de controle de constitucionalidade, bem como as estratégias discursivas utilizadas para se autocensurar diante das demandas das minorias. Para tanto, utilizaram-se como aportes metodológicos a dialética do concreto de Kosik (2002) e a Análise do Discurso de linha bakhtiniana (2010), por entender que o fenômeno do minimalismo é produto de trocas linguísticas ancoradas nas relações socio-históricas e de poder. Logo, é resultado da linguagem. A fim de situar o discurso minimalista em suas condições de produção, fez-se necessária uma discussão acerca da jurisdição constitucional e seu substrato democrático, assim como da sua importância na garantia e efetivação dos direitos das minorias. Ademais, as ocupações das escolas de São Paulo, que ensejaram a ADPF 412, serviram como exercício reflexivo sobre a formação discursiva da vontade política, sobre o direito fundamental da livre manifestação do pensamento e sobre o problema da manipulação da opinião pública. Dado isso, fez-se uma incursão teórica acerca do minimalismo judicial de Cass R. Sunstein (2001b). E por fim, analisou-se o discurso minimalista judicial na decisão do juízo constitucional, assim como identificaram-se as estratégias discursivas de autocontenção. Por compreender que a atividade do juiz constitucional é relevante para manutenção ou transformação da ordem democrática, essa investigação pretende contribuir para o debate atual acerca das representações simbólicas da jurisdição constitucional e dos princípios democráticos na manutenção dos valores substanciais e de uma agenda para atendimento das minorias. Conclui que a decisão pelo não conhecimento espelha o minimalismo judicial e constrói o silêncio.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional. Democracia. Minorias. Minimalismo Jurídico. Silêncio Jurídico.

ABSTRACT

The present article aims to verify if the non - knowledge of ADPF 412 reflects and refract a discourse of self - containment of the judgment in the hermeneutic activity of control of constitutionality, as well as the discursive strategies used to silence the minorities. In order to do so, the dialectic of the concrete of Kosik (2002) and the analysis of the French line discourse were used as a methodological contribution, because it understood that the phenomenon of minimalism is the product of linguistic exchanges anchored in socio-historical relations and of power. Therefore, it is result of language. In order to situate the minimalist discourse in its conditions of production, it became necessary to discuss the constitutional jurisdiction and its democratic substratum, as well as its importance in guaranteeing and realizing the rights of minorities. In addition, the occupations of the schools of São Paulo, which gave rise to ADPF 412, served as a reflexive exercise on the discursive formation of political will, on the fundamental right of free expression of thought and on the problem of manipulation of public opinion. Given this, a theoretical incursion into Cass R. Sunstein's judicial minimalist was made. And finally, we analyzed the judicial minimalist discourse in the decision of the constitutional court, just as we identified the discursive strategies of self-containment. Because it is understood that the activity of the constitutional judge is relevant to the maintenance or transformation of the democratic order, this research intends to contribute to the current debate about the symbolic representations of constitutional jurisdiction and democratic principles in the maintenance of substantial values and an agenda for minorities. It concludes that the decision for not knowing mirrors judicial minimalism and builds silence.

Keywords: Constitutional jurisdiction. Democracy. Judicial Minimalism. Minority. Judicial Silence.



INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o Brasil tem experienciado um conjunto orquestrado de eventos históricos, o qual, em virtude do seu impacto na estrutura fundante e na organização democrática da sociedade, tem trazido à tona questionamentos em torno de suas bases e seus valores sociais fundamentais.

As inquietações sinalizam para a ocorrência de um reaparelhamento do Estado e a implantação gradativa de um novo conjunto de ideias dominantes com a chancela da mídia. Ainda de forma obscura e dúbia, esse conjunto de ideias dominantes vem conduzindo e matizando as decisões políticas, as práticas sociais e jurídicas, os embates ideológicos acerca da redefinição dos limites de atuação dos poderes, o comportamento dos dirigentes, as visões de mundo e a formatação do imaginário coletivo brasileiro.

A mudança pode ser notada ainda por meio da organização de intensos movimentos sociais envolvendo minorias, pouco ou nada representadas no cenário legislativo/democrático brasileiro. Como uma forma de resistência e de luta contra a imposição de técnicas de disciplinamento e de um forte paradigma que tenta excluir e silenciar as vozes das minorias sem representação, estas têm construído e delimitado as fronteiras, por meio da linguagem, do seu lugar de fala, justamente, nos espaços em branco, nos vazios, nas entrelinhas tecidas pelo próprio dominador. Nesse contexto, a linguagem é vislumbrada como um instrumento de luta e uma via poderosa de constituição do sujeito que fala e é falado nos espaços sociais.

Assume-se que é na linguagem que o indivíduo se automodela e é modelado, porquanto, conforme Barthes (2007, p.15), não existe nada para além dela. Para o autor, “a linguagem humana é sem exterior: é um lugar fechado. Só se pode sair dela pelo preço do impossível”. Com isso, infere-se que não se trocam simplesmente signos linguísticos na interação social, como propunha Saussure (2006) em seu circuito de fala. Os signos são carregados de ideologia e simbolismos. São, por seu turno, representações das relações conflituosas estabelecidas entre os atores sociais. São instrumentos que sustentam e legitimam as instituições e que (re)criam espaços, cenários, tempo e papéis sociais.

Com base nessa premissa, afirma-se que é por meio de uma linguagem própria e da assunção de um discurso que os movimentos sociais se organizam dentro de uma sociedade civil. Em conformidade com Gohn (2011), a partir da construção de redes articuladas de diferentes papéis e diferentes vozes, eles se envolvem na vida política, buscando afetar as decisões deliberativas que atingem a coletividade. Sendo assim, são vozes que indagam sobre a conjuntura política, econômica e sociocultural do lugar em que se encontram inseridas. Portanto, os movimentos sociais são marcados pelo transparente signo de negociação, diálogos e confrontos.

Nesse cenário conturbado, é importante também observar a linguagem e o discurso que vêm sendo assumidos pela Suprema Corte, na medida em que esta é uma instituição que, a partir das pressões das relações de base, tem uma função importante tanto no processo de modificação ou de manutenção de um estado de coisas. Por conta disso, a presente investigação inclinou-se a questionar acerca de um discurso minimalista judicial na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 412 (ADPF 412). Os discursos estão ancorados em condições históricas dadas. Logo, significam a partir de um sistema ideológico dominante. Sendo assim, objetivou-se verificar se o não conhecimento da ADPF 412 reflete e refrata um discurso de autocontenção na atividade hermenêutica de controle de constitucionalidade assim como as estratégias utilizadas para se autocensurar diante das demandas das minorias, em nome de um liberalismo político.

Para tanto, adotou-se como orientação científico-metodológica a dialética do concreto de Kosik (2002), haja vista que permite enxergar o objeto de pesquisa como um fenômeno situado no tempo e no espaço. Essa orientação pode ser aplicada aos fenômenos sociais complexos, visto que propicia ao pesquisador uma apreensão do objeto não em sua completude, mas a partir de ângulos de visão. Logo, não se anula a importância da interação entre o objeto e o pesquisador. Há um jogo: o investigador marca o seu objeto com sua visão de mundo, mas simultaneamente a visão dele é modificada.

O fenômeno é considerado um todo constituído de partes em tensão, ou seja, é um todo marcado pelos conflitos e embates travados nas relações sociais. O reconhecimento das partes que compõem o todo permite a não objetificação do fenômeno, ou seja, ele é visto e manipulado como algo vivo e dinâmico, devendo ser matizado pela teoria e, conseqüentemente, permitindo que esta seja transformada pelas peculiaridades presentes no objeto. Sendo assim, este traduz-se como uma parte ordenada por princípios e regras que respondem a um estado de coisas. Assim o *corpus*, ADPF 412, será observado mediante os preceitos científicos da Análise do Discurso de linha bakhtiniana, pois estes se ajustam aos ideais propugnados pela dialética do concreto.

Com o intuito de compreender o ritual minimalista e suas estratégias discursivas presentes na ADPF 412, a investigação foi organizada da seguinte maneira: na primeira parte, tentou-se inter-relacionar jurisdição, democracia e minorias. Na segunda, refletiu-se sobre a formação discursiva da vontade das minorias em uma sociedade classista, ocasião em que se trouxe uma abordagem teórica sobre os movimentos sociais, percorrendo brevemente sobre as ocupações; na terceira, explicitou-se a teoria minimalista de Cass R. Sunstein (2001b); na quarta, analisou-se a ADPF 412, tendo como método de interpretação a Análise do Discurso de linha bakhtiniana.

A investigação ora apresentada pretende contribuir para uma discussão e uma compreensão acerca do projeto arquitetônico que vem sendo forjado no âmbito da moldura hermenêutica

constitucional, na medida em que o seu intérprete tem um papel capital na promoção, reforço e proteção dos valores substanciais de um Estado Democrático de Direito.

1. DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, DEMOCRACIA E MINORIAS

O conceito, a validade e a legitimidade da jurisdição constitucional e das minorias não trazem um sentido em si mesmos. Antes eles estão vinculados a um contexto histórico e social, pois dependem da legitimidade do direito vigente. O critério de legitimidade do direito pode ser aferido conforme várias concepções, desde a normatividade positivista, a noção da soberania popular e das fórmulas de representação até a compreensão de justiça ou de moralidade institucional. Eles dependem de uma formatação ideológica assumida pelo sistema democrático ao qual estão vinculados. Significa dizer que o sistema democrático confere à atividade jurisdicional determinadas nuances, sentido e funcionalidade. Por sua vez, confere às minorais características que podem garantir a institucionalização normativa de sua vontade ou a sua exclusão. Matiza com um determinado colorido ideológico a conduta dos juízes constitucionais. O tema da jurisdição constitucional está umbilicalmente ligado ao da democracia, do poder político, da sua repartição entre os agentes de Estado e ao de sua justificativa.

Dependendo da afiliação juspolítico-filosófica assumida pelos atores democráticos, a jurisdição constitucional pode tanto desempenhar uma função modesta ou passiva (procedimentalista) quanto pode ganhar um certo lugar de destaque no desenho arquitetônico democrático, tendendo, com isso, para um protagonismo (ativista). Portanto, a discussão sobre jurisdição está inter-relacionada à democracia e a identificação de uma minoria desfavorecida pelo próprio processo democrático.

Assim, analisando o paradigma procedimentalista formal, de acordo com Bobbio (2017, p.35-39), a democracia é definida como um sistema composto por um conjunto de regras, primárias e fundamentais, que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos. Dito de outro modo, o corpo social está obrigado a tomar decisões que vinculem o conjunto de seus membros com o objetivo de prover a própria sobrevivência tanto interna como externamente. Para que a decisão possa ser aceita pela coletividade, é necessário que ela seja decorrente de regras que estabeleçam quais são os indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros da comunidade. É preciso também que as deliberações sejam decorrentes de procedimentos determinados.

De um prisma bobbiano (2017), um dos princípios fundamentais da democracia é o da maioria. Esta é compreendida pelo autor de modo estrutural, com base em uma razão numérica, já que ele entende que as decisões majoritárias são aquelas aprovadas pela maioria daqueles a quem compete

tomar decisões. A minoria, no sentido estrutural do termo, está vinculada à decisão majoritária ainda que não coadune com ela. A tensão quanto aos desacordos existentes no espaço democrático, nesse caso, não é resolvida por meio de um consenso, mas pela imposição da vontade da maioria. Além disso, o princípio majoritário possui uma fragilidade devido à complexidade das relações de poder, dos embates ideológicos e da pluralidade de opiniões existentes no processo de deliberação.

À parte isso, para uma definição básica de democracia, não basta apenas a presença do elemento da participação direta e indireta de um número elevado de cidadãos, consubstanciado no princípio da maioria. Seja qual for o seu substrato ideológico, sua definição perpassa por certas garantias que determinam, dentro de limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos invioláveis, o correto funcionamento dos mecanismos predominantemente procedimentais que qualificam um regime democrático.

Desse modo, para Bobbio (2017, p. 38), as normas constitucionais que reconhecem os direitos invioláveis não são as regras do jogo, mas sim as regras preliminares que permitem o desenvolvimento do jogo. A partir disso, pode-se afirmar que tais regras representam proibições que restringem a liberdade do legislador legitimado democraticamente e que são normas negativas de competência. Apesar de o legislador ter uma legitimação direta e responsável, o sistema democrático cria mecanismos de controle sobre sua atividade através da limitação de sua atuação, numa perspectiva procedimental de democracia e de jurisdição constitucional.

Isso permite vislumbrar uma silhueta da jurisdição constitucional. O tribunal constitucional, nesse contexto, é indiretamente legitimado democraticamente e não é destituível eleitoralmente. Por não ser produto da representação popular, divide opinião quanto ao alcance de suas competências. Em que pesem as suas outras funcionalidades, as inconsonâncias teóricas se assentam, sobretudo, na problemática função do controle de constitucionalidade. A grande preocupação dos procedimentalistas é que a concorrência do tribunal constitucional com o legislador legitimado democraticamente pode agravar-se no âmbito do controle abstrato, pois, devido à margem de atuação presente na interpretação das normas abstratas, a jurisdição poderia ilegitimamente criar leis e gerar encargos para os outros poderes e para os cidadãos.

Diante disso, na visão procedimental de uma democracia deliberativa, a corte constitucional deve apenas assegurar que o processo político esteja aberto para todos os pontos de vista de forma igual. Ao defender esse ponto de vista, questiona-se o lugar da jurisdição na estrutura de competências da ordem constitucional e a legitimidade de suas decisões, uma vez que se enxerga uma contradição entre as atribuições do legislador democrático e a justiça. Partindo dessa perspectiva,

[...] [Não] se pode negar que o poder das instituições representativas (originárias do processo eleitoral) de formular cursos de ação política é a característica distintiva do sistema [democrático]. O controle constitucional de constitucionalidade choca-se contra essa característica. É claro que os tribunais criam o direito o tempo todo, e ao fazê-lo podem ter a intenção de inspirar-se nas fontes dos adeptos do não interpretacionismo – “princípios fundamentais” da sociedade ou qualquer outra coisa- mas fora do âmbito da jurisdição constitucional, eles se limitam a preencher as lacunas que o Poder Legislativo deixou nas leis que aprovou, ou, então, a tomar conta de uma área que o Poder Legislativo, de caso pensado, entregou ao judiciário para que a desenvolvesse (ELY, 2010, p.8).

Dentro dessa ótica, a disputa sobre o lugar da jurisdição constitucional envolve o princípio da divisão dos poderes. Depreende-se que o poder legislativo é o soberano, e a corte lhe deve obediência. Sendo assim, a sua atuação está diretamente subordinada a uma autorização consciente e bem delimitada pelo legislador, já que existem espaços previamente estabelecidos nas normas para o exercício interpretativo e ativo legítimo dos juízes. Para os democratas deliberativos, a legitimidade e a construção do direito só podem ser alcançadas se o direito for produzido por meio de procedimentos democráticos.

Para Habermas (2003), o direito nasce do consenso não coercitivo e racional entre indivíduos autônomos. O princípio democrático propugna que somente podem pretender a validade legítima as leis capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito num processo de institucionalização da formação discursiva da vontade política¹, ou seja, da normalização discursiva. O princípio da democracia, na ótica do autor, afasta da jurisdição constitucional a possibilidade de generalizações e interpretações abrangentes acerca das normas estabelecidas na Constituição.

Assim, o conteúdo que circunda a jurisdição constitucional está diretamente atrelado aos procedimentos formais. Daí Sunstein (2001b), defender a ideia de que as questões controversas sobre direito podem ser decididas por meio de procedimentos democráticos, sinalizando, com isso, que a jurisdição constitucional, para ser legitimada dentro de uma ordem democrática, apenas deve

¹ Convém esclarecer que a noção de formação discursiva não corresponde aos preceitos defendidos pela Análise do Discurso. Para a AD, no sentido estrito, as formações discursivas determinam “o que pode e deve ser dito a partir de uma posição dada em conjuntura dada” (BRANDÃO, 2004, p.48). Partindo dessa perspectiva, não se pode falar em formação discursiva de grupos, pois estes possuem formações discursivas diversas. Por outro lado, embora, no decorrer da investigação, se discorde e se questione a posição do autor, para Habermas (2003), a formação discursiva traz um conteúdo pragmático, já que envolve um processo de busca e de construção, através de situações comunicativas concretas entre sujeitos concretos, de um comportamento comum, o qual adquire um caráter verbal e simbólico por meio de trocas linguísticas estabelecidas nas relações sociais. Noutras palavras, a formação discursiva habermasiana envolve um agir comunicativo, no qual a validação do conteúdo discutido em grupo depende do reconhecimento de uma verdade construída nas relações intersubjetivas. Em virtude disso, a formação discursiva para o autor está vinculada a uma visão ideológica de linguagem que envolve uma lógica dos atos de fala. Isso diferencia os termos diametralmente.

se comportar como um dos mecanismos de promoção e desenvolvimento da democracia representativa. Noutras palavras, deve assistir passivamente ao protagonismo dos representantes eleitos, abdicando de suas competências conferidas pela constituição.

Num movimento dialético, o paradigma substancialista questiona o conceito de democracia defendido pelos procedimentalistas formais, mormente, no tocante à regra da maioria (requisito político), tendo em vista que o critério majoritário, ainda que pautado em uma lógica discursiva, desconsidera, em certa medida, os perigos da formação discursiva da vontade política nas instâncias informais (requisito social).

Partindo de uma discussão chomskyana (2003), é possível afirmar que as relações de poder existentes numa sociedade de classe, o controle e a manipulação da comunicação por parte de um pequeno grupo de forjadores de opinião pública² influenciam e imiscuem-se, decisivamente, nos conteúdos das deliberações, podendo ser resultado da naturalização de situações de extrema injustiça social com anuência, inclusive, do grupo injustiçado. Daí, a impertinência de uma intervenção da jurisdição constitucional limitada aos procedimentos legislativos formais. Em um Estado Democrático, os juízes não podem ser improvidentes diante de uma injustiça. Portanto, os substancialistas, que têm como um dos grandes expoentes Dworkin (2010), propõem uma reaproximação entre o direito e os valores morais.

Sendo assim, o Poder Judiciário precisa limitar o conteúdo dessas deliberações e proteger os valores fundamentais eleitos pelo povo e positivados na Constituição em circunstâncias mais abrangentes, como uma condição precípua para o próprio exercício pleno da democracia. A proteção aos direitos fundamentais torna-se, assim, o elemento de reconciliação entre a democracia e a jurisdição. Numa visão de complementaridade, não existe democracia sem respeito aos valores fundamentais defendidos na Constituição, assim como não existe jurisdição sem respeito às regras do jogo democrático. Seguindo essa linha de pensamento, a jurisdição constitucional visa assegurar o exercício dos direitos fundamentais.

Dessa forma, o conceito de democracia é ampliado e, por conseguinte, deve ser compreendida como:

² Para Chomsky (2003), os meios de comunicação são considerados como um sistema de propaganda poderoso capaz de criar um consenso entre a elite da sociedade sobre os assuntos de interesse público. Contudo, o debate acerca dos assuntos suscitados no meio social é apenas organizado com aparência de consentimento democrático à custa da sociedade como um todo, já que quem realmente participa da construção do consenso é uma parcela da sociedade. Com isso, deve-se compreender a opinião pública como um fenômeno social, como um processo por meio do qual ocorre a formação de um consenso. Pelo viés social, é possível afirmar que ela é uma forma genuína de expressão dos grupos sociais, os quais se organizam em torno de temas de discussão e de interesse público, ao mesmo tempo em que é um meio de manipulação desse povo, haja vista que existem vários fatores que interferem na formação e desenvolvimento da opinião pública, a saber: a classe social, as relações de dominação, o controle dos meios de produção por parte de determinados grupos etc.

[...] o regime de garantia geral para a realização dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões. Assim, a democracia – governo do povo, pelo povo e para o povo – aponta para a realização dos direitos políticos, que apontam para a realização dos direitos econômicos e sociais, que garantem a realização dos direitos individuais, de que a liberdade é a expressão mais importante. Os direitos econômicos e sociais são de natureza igualitária, sem os quais os outros não se efetivam realmente. É nesse sentido que também se pode dizer que os direitos fundamentais são valores da democracia. Vale dizer: ela deve existir para realizá-los como o que estará concretizando a justiça social (SILVA, 2007, p. 370).

A democracia, para além de seu conteúdo formal, deve ser vislumbrada como um lugar em que habitam valores morais plurais que consubstanciam os procedimentos formais. Tais valores devem ser protegidos pela Constituição. Portanto, a legitimidade da jurisdição constitucional é decorrente das normas e valores substantivos assumidos pelo sistema democrático, podendo afirmar, a partir dessa ideia de integração e complementaridade, que a democracia ganhou uma roupagem constitucional.

Assim, a democracia constitucional

[...] significa defender que todos têm direito de igual participação no debate político e uma chance real de progredir e florescer como ser humano independente de características que lhe são inatas e que não dependem de sua vontade. [...] A democracia tem como pressuposto o tratamento igualitário entre [as] pessoas perante o Estado. (APPIO, 2011, *online*).

Nesse contexto, a igualdade deve ser protegida e defendida como um elemento substancial do princípio democrático, por meio do qual cada cidadão tem o direito de receber tratamento justo e isonômico. E a partir dele, diversos direitos não mencionados na Constituição devem receber proteção constitucional. Para tanto, os juízes devem possibilitar que as leis democraticamente elaboradas adiram aos valores morais fundamentais eleitos pela sociedade. Ainda, com base em uma característica contramajoritária, a Constituição “confere aos juízes, não eleitos pelo povo, o poder de contestar as decisões dos poderes executivos e legislativos designados democraticamente a partir do momento em que eles violam, a seus olhos, os direitos do homem assegurados” (DWORKIN, 2001, p. 156). Com isso, torna-se perceptível a ampliação do papel da jurisdição constitucional numa perspectiva substancialista.

Sendo assim, juízes constitucionais - enquanto guardiões dos valores fundamentais - têm os poderes para invalidar a legislação ou qualquer outro ato que infrinjam os princípios- chave elencados na Constituição. Os juízes, nessa visão, ocupam um lugar significativo, na medida em

que são forjados na autonomia interpretativa e no direito responsivo³. Noutros termos, possuem um papel ativo e político, porque, primeiro, são sensíveis às demandas sociais substantivas e, segundo, porque são responsáveis pela promoção da justiça social. Em virtude disso, os direitos e liberdades fundamentais devem ser retirados da deliberação democrática.

Com a virada epistemológica trazida, sobretudo, pela defesa dos direitos fundamentais, houve a necessidade de interpretações construtivas dos sentidos destes direitos por parte da jurisdição constitucional. Isso inclui a judicialização de novos fenômenos sociais que fazem parte da sociedade contemporânea. A legitimação da atividade criativa da jurisdição constitucional, em que pesem as críticas, é vista como uma saída possível para tutelar judicialmente aquela parcela da sociedade que não se encontra suficientemente representada pelos poderes executivos e legislativos, de integrá-la e permitir a sua participação efetiva nas decisões deliberativas.

Dworkin (2014) é um dos representantes mais emblemáticos dessa corrente de pensamento. Para o autor, a jurisdição deve ser entendida como um empreendimento interpretativo que busca materializar os valores de uma comunidade política ligada por princípios morais. Isso quer dizer que a Constituição e os direitos fundamentais por ela incorporados são passíveis de interpretação por meio de uma leitura fundada na moralidade comunitária, a qual pode ser realizada tanto pelo povo e seus representantes quanto pelo Poder Judiciário, sendo este último o foro mais adequado para interpretação constitucional.

A possibilidade de a jurisdição constitucional implementar os sentidos dos direitos fundamentais a partir de uma ótica social vem contribuindo para a garantia e proteção de grupos minoritários. Estes não devem ser simplesmente compreendidos pelo viés numérico (minorias representativas), pelo fato de o número não refletir o seu sentido mais profundo. No modelo pluralista, a compreensão sobre o assunto passa antes pelas noções de vulnerabilidade social e pela impossibilidade de grupos se protegerem sozinhos “a partir de acordos de convivência obtidos junto aos demais grupos” (APPIO, 2004, p.176). Além disso, a minoria com representatividade legislativa consegue dispor de mecanismos próprios e diretos de controle dos atos do governo por meio da tutela jurisdicional.

Sendo assim, a

minorias deve estar estritamente ligado às características que identificam a realidade das minorias sociais, sendo estas um segmento social vulnerável, incapaz de prover ele próprio a suas necessidades básicas ou de atingir, por esforço próprio, certo grau de atividade social que proporcione viver uma vida

³ É uma nova abordagem do direito que busca responder às demandas sociais das populações desassistidas pelos poderes legislativos através da justiça social. Ver: NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

digna e cheia de oportunidades, como é a dos que vivem na condição social dominante, e, por isso, demanda proteção especial por parte do Estado (MINHOTO, 2009, p.21).

Embora a classificação seja considerada um elemento limitador, o conceito de Minhoto (2009, p. 21-22) sinaliza para aspectos importantes acerca da minoria. A primeira característica que deve ser considerada é a incapacidade de autodefesa. Os grupos minoritários têm dificuldades em defender os seus interesses de forma independente perante os grupos dominantes, visto que estes detêm o controle dos meios de produção. Em virtude dessa incapacidade, as oportunidades de uma vida digna tornam-se exíguas. A segunda característica, correlata à primeira, diz respeito à proteção do Estado. O Estado Democrático de Direito, lastreado pelo princípio da igualdade, tem a obrigação de criar mecanismos e dispositivos para tentar equalizar as desigualdades de oportunidades.

A terceira, segundo Minhoto (2009), concerne à vulnerabilidade. Tal atributo revela que a minoria pertence a grupos excluídos dos processos democráticos e do processo de institucionalização das normas jurídicas. A quarta diz respeito à identificação dos grupos minoritários. Estes devem ser identificados a partir de um padrão hegemônico imposto pela classe dominante como modelo social a ser seguido, causando, com isso, a sua exclusão. Por fim, o quinto critério de classificação envolve a opressão social em uma sociedade organizada pelo capitalismo. Nessa lógica, a minoria é resultado do acúmulo de riquezas e de privilégios de poucos. É óbvio que essa caracterização não deve esgotar a identificação das minorais, tampouco servir como critérios previamente estabelecidos para definir quem merece proteção, como tenta fazer Ely (2010, p. 181-247) na ocasião em que discorre sobre a facilitação da representação das minorias. Como são resultados de relações de poder existentes na esfera pública, o fenômeno é aberto e contingente, engendrando suas peculiaridades. Portanto,

a minoria é uma categoria relacional, que adquire conteúdo semântico contextualmente. Tratar-se de um conceito aberto, e seu emprego determina os parâmetros de análise das relações estabelecidas entre os pertencentes ao grupo minoritário e ao grupo majoritário. Essa classificação não é dada a priori, vez que a identidade jurídica é construída pelas partes e pelo intérprete de acordo com os interesses e com a necessidade de revelar outro aspecto de um direito (MARTINS; MITUZANI, 2011, p. 326).

No caso do Brasil, com a Constituição de 1988, a jurisdição constitucional, estruturada de acordo com as exigências de uma sociedade pluralista, representa a substancialização dos princípios materiais do regime democrático, sendo orientada pela incidência dos direitos fundamentais, o que inclui a proteção dos direitos dos grupos minoritários. Tenciona-se afirmar, com isso, que a incorporação do aspecto material no conteúdo de tal jurisdição torna-se uma porta aberta para uma maior participação de grupos excluídos e marginalizados socialmente através da tutela jurisdicional.

Pode-se assegurar, ainda, a legítima atuação e interferência dos juízes constitucionais em questões políticas e de grandes controvérsias jurídicas, sobretudo, em situações que envolvam grupos de pessoas alijadas de seus direitos sociais. Sendo assim, não existe nenhum contrassenso na declaração de inconstitucionalidade de normas, ainda que deliberadas pela maioria, quando atingem direitos considerados essenciais para a convivência pacífica e igualitária. Não há, também, qualquer contradição em tutelar os direitos fundamentais não positivados na Constituição com base em uma moralidade institucional. Considerando isso, a jurisdição constitucional criativa e política tem o papel imprescindível na defesa dos direitos das minorias, já que pode impedir a tirania do princípio majoritário e assegurar direitos e garantias fundamentais destas.

1.1 DA DEFESA DOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS

O alargamento e a relevância do papel da jurisdição constitucional numa ordem democrática vieram acompanhados de importantes mecanismos de tutela das normas constitucionais, que, em seu conjunto, vislumbram um verdadeiro sistema de proteção e garantias da supremacia da Constituição. Na Carta de 1988, dentre os vários mecanismos constitucionais integrantes do mencionado sistema, destaca-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF⁴. O destaque é decorrente de sua finalidade, a saber: a defesa daquilo que há de mais nobre e importante em uma Lei Fundamental, aquilo que se constitui o núcleo duro, o “espírito” de uma ordem Constituição em face dos atos do Poder do Estado.

Ocorre que a Constituição é composta por normas fundamentais que formam uma unidade, devendo todas elas, sem hierarquia normativa, ser consideradas dogmaticamente de igual hierarquia normativa e ser consideradas, por seu turno, preceitos fundamentais, haja vista que encerram um mesmo imperativo. Nesse sentido, a distinção dos preceitos fundamentais tutelados pela ADPF deve ser balizada por meio de uma ancoragem axiológica. Significa afirmar que existem preceitos normativos que, em razão dos valores superiores consagrados pela Constituição, são considerados mais fundamentais que outros. “Por conseguinte, dada a fundamentalidade desses preceitos, o constituinte optou por lhes conferir proteção especial com a criação de um mecanismo próprio” (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 324).

⁴ A ADPF, de acordo com Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017, p. 1.316), é uma ação que intensifica o poder de controle concentrado de constitucionalidade do STF, com a finalidade de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante do ato do poder público. Tal ação se insere no sistema de controle abstrato de constitucionalidade, vez que se apresenta não só como um hábil instrumento de tutela do direito objetivo e da ordem jurídica, mas também como um mecanismo gerador de decisões que produzem efeitos gerais e vinculantes, revelando sua aptidão para tutelar de forma pronta e ampla as questões ou controvérsias constitucionais.

Dado isso, cumpre verificar o que significa preceito jurídico. Sendo assim, “[...] juridicamente, a noção de preceito está relacionada à ideia de comando, mandamento, de ordem” (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 323). Ainda, seguindo o raciocínio lógico do autor, como inexiste uma espécie autônoma *preceito* ao lado da espécie *norma* no ordenamento constitucional, infere-se que preceito e normas são um mesmo instituto. Em virtude disso, o preceito traz em seu núcleo semântico as noções de princípios e regras. Com base nessa discussão, preceito fundamental pode ser definido

[...] como toda norma constitucional- norma-princípio e norma-regra que serve de fundamento básico de conformação e preservação da ordem política e jurídica do Estado. São normas que veiculam os valores supremos de uma sociedade, sem os quais a mesma tende a desagregar-se por lhe faltarem os pressupostos jurídicos e políticos essenciais. Enfim, é aquilo de mais relevante numa Constituição, aferível pela nota de sua indispensabilidade. É o seu núcleo central, a sua alma, o seu espírito, um conjunto de elementos que lhe dão vida e identidade, sem o qual não há falar em Constituição (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 325).

Portanto, os preceitos fundamentais agregam os valores mais importantes de uma sociedade, contemplando normas essenciais para a conservação do Estado. Contudo, nem a Constituição nem a lei nº 9.882/99, identificam esses preceitos. Os legisladores constituinte e ordinário acertadamente se silenciaram e não apresentaram uma moldura pronta e acabada de tais preceitos, devido ao caráter dinâmico e contingente da sua valoração. Acertaram, porque a sociedade e a composição ideológica dos Tribunais estão em constante processo de transformação. Tal transformação força a abertura interpretativa dos preceitos, determinando, por conseguinte, alterações em seu *status*.

Somando-se a isso, a

Constituição, apesar do ideal de estabilidade, é um documento histórico-cultural do povo. Embora lentas, as transformações são inevitáveis, ditando, como disse Krüger, uma mudança de natureza das normas constitucionais. O que hoje se pode considerar preceitos fundamentais, dada a dinamicidade do ordenamento jurídico, podem ter a sua densidade normativa diminuída no decorrer do tempo. [...] Estes são princípios reitores, regras nucleares, linhas mestras ou vigas-mestras da organização política e social brasileira, sem olvidar que há preceitos fundamentais que deles decorrem, havendo necessidade, para descobri-los de ser feita uma inferência, um desenvolvimento por parte do intérprete (VELOSO, 2003, p. 295-296).

Assim, a ausência de identificação legal dos preceitos torna o Supremo Tribunal Federal e a doutrina os intérpretes adequados e legítimos, capazes de descobrir, inferir e indicar quais deles devem ser albergados pela ação. Apesar da abertura interpretativa, a doutrina e os intérpretes constitucionais, sem querer exaurir a sua interpretação, consideram como preceitos fundamentais as questões controversas que envolvam: o estado democrático de direito, a soberania nacional, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais e da livre iniciativa, os direitos sociais,

a forma federativa do Estado brasileiro, o pluralismo político, os direitos e as garantias fundamentais, a separação e independência dos poderes, o voto universal, secreto, direto e periódico.

1.2 DA PROPOSITURA DA ADPF 412

A ADPF 412 foi proposta pelo Partido Socialista e Liberdade – PSOL contra ato (parecer) da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, órgão ligado à administração direta do Estado de São Paulo. Devido às ocupações das escolas estaduais no segundo semestre de 2015, a Secretaria de Segurança Pública solicitou à Procuradoria Geral do referido estado um parecer acerca da possibilidade de reintegração da posse esbulhada sem a necessidade do uso dos institutos possessórios. Nessa ocasião, a Procuradoria emitiu um parecer demonstrando que a Administração Pública pode, mesmo sem qualquer amparo na legislação, reintegrar, a qualquer tempo, a posse de bens públicos ocupados sem a necessidade de amparo do Poder Judiciário. Seguindo a orientação do Parecer, a Secretaria de Segurança Pública utilizou a força policial desarmada e o comando do secretário de segurança do estado para reintegrar a posse da Administração esbulhada.

Em virtude disso, o Estado entende que a judicialização das questões possessórias deveria ser opção do Estado, que teria a prerrogativa de se valer do desforço necessário na defesa da posse, como acontece com as ações possessórias privadas. O PSOL aduz que a decisão trouxe inovações ao ordenamento jurídico ao impor condições extravagantes para cumprimento da liminar para cessação do esbulho na posse do Centro Paulo Souza, já que a via judicial seria o caminho legítimo de discussão, com base no princípio da inafastabilidade da jurisdição. Deveria ser legítimo, mas não há déficit de legitimidade, na medida em que o discurso hegemônico silencia as minorias, como se verá na análise no tópico adiante.

Em arguição, o PSOL afirma que, ao tentar solucionar o problema de forma rápida e sem diálogo com os manifestantes e ao tentar silenciar o movimento por meio da punição de seus membros, o parecer traz uma visão do Estado quanto aos movimentos sociais, mais especificamente, as ocupações. O governo não vislumbra as ocupações como movimentos legítimos. Ao contrário, elas são vistas como falso pretexto de que se trata do exercício de liberdade de manifestação do pensamento e do direito de reunião.

Considerando isso, o PSOL defende a tese de que o Parecer emitido pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo fere frontalmente preceitos fundamentais consagrados pelo Estado Democrático de Direito, presentes na Constituição da República Federativa do Brasil, a saber: o

princípio da legalidade estrita, da cidadania, da liberdade de manifestação e da inafastabilidade da jurisdição.

2. DO PROBLEMA DA FORMAÇÃO DISCURSIVA DA VONTADE DAS MINORIAS NUMA SOCIEDADE ESTRATIFICADA

A formação discursiva da vontade ou o consenso, numa visão habermasiana (2003), se dá na esfera pública. Em que pesem as críticas a respeito do seu conceito, esta é resultado de uma inter-relação, um nexos comunicativo entre um poder forjado no mundo da vida cotidiana e o poder administrativo formal organizado no sistema político. Nessa inter-relação, a esfera pública constitui o mundo da vida, sendo responsável pela autonomia dos sujeitos frente ao sistema político. Com isso, para Habermas (2003), ela cria um conjunto de mecanismos informais e formais que evidenciam o seu caráter defensivo e ofensivo. Nesse jogo, o poder político se descentraliza e circula no mundo da vida cotidiana, dando à sociedade civil um papel ativo e amplo junto aos processos formais mediados institucionalmente.

Nessa perspectiva, o sistema político está organizado pelo complexo administrativo (governo), judiciário e pela formação democrática da opinião e da vontade (corporações parlamentares, eleições políticas, concorrência entre partidos, etc.). Nesse modelo, Habermas (2003) defende que o complexo parlamentar é o espaço mais aberto à percepção e à tematização dos problemas sociais.

Em Habermas (2003), os processos comunicativos, portanto, sinalizam para uma abertura na estrutura da esfera pública que permite a autodemocratização do sistema, através da interferência das minorias na reestruturação constante do centro. Essa abertura desencadeia um processo de normatização que se inicia pela formação da vontade ou da opinião nas esferas informais, também denominada fase pré-legislativa, e segue o caminho procedimental ao chegar às instâncias formais de deliberação e decisão.

Essa é uma concepção idealizada na qual o próprio Habermas já demonstra sinais de desesperança. Isso leva a crer nas disputas diárias e concretas pelos múltiplos lugares de poder, dentro e fora dos espaços institucionais, dialeticamente, no qual o discurso do Poder Judiciário é mais um discurso pelo qual se disputa.

Além disso, o problema, nesse processo comunicativo, diz respeito à espontaneidade com que tudo ocorre, porque a comunicação foi pensada abstratamente. Elementos como ideologia, saber e poder, imiscuídos no agir comunicativo ou nas trocas linguístico- discursivas, são excluídos da análise habermasiana. O acréscimo de tais elementos faz cair por terra o seu modelo de comunicação.

Grosso modo, na comunicação, a escuta do outro é complexa, primeiro porque existe um jogo de dominação por detrás da formulação de todo enunciado; segundo porque esta sofre a interferência do lugar social em que os sujeitos, tanto da escuta quanto da fala, ocupam; e terceiro porque essa escuta exige um exercício de alteridade e empatia. A classe social a que pertence o complexo legislativo (maioria branca e rica), a sua ideologia e o desejo de poder interferem na percepção e na tematização dos problemas sociais trazidos à esfera formal de deliberação.

O outro problema observado no processo de comunicação entre a esfera formal e informal proposto por Habermas (2003) é que a formação da vontade e da opinião pela esfera informal não é livre. Ela é constantemente manipulada pelos detentores dos meios de produção dos processos comunicativos, já que a sociedade é estratificada. Em virtude disso, apesar do acesso às novas tecnologias da informação, não existe uma efetiva democratização dos processos de produção, circulação e recepção da informação. Por conta disso, a vontade da minoria, nesse processo desigual, é controlada, conduzida e, não raro, silenciada pelos detentores do poder comunicativo.

Por conta dessas circunstâncias sociais, a escuta e a institucionalização da vontade das minorias passam, antes, pela leitura das estruturas profundas da realidade. E partindo dessa interpretação, é possível afirmar que a voz da minoria, para se fazer ouvir, precisa ser renitente, defensiva e ofensiva. Com isso, os embates, as lutas, as mobilizações, os protestos, os movimentos sociais pacíficos são canais importantes no processo de construção da vontade política na esfera informal, porque produzem impactos nos ouvidos dos legisladores e dos juízes.

Daí a extrema necessidade da criação de condições sociais e da abertura de canais institucionais que possibilitem uma escuta atenta dos problemas sociais enfrentados pela minoria social. O reconhecimento do direito de livre manifestação do pensamento e de organização de movimentos sociais, o respeito às regras do jogo democrático, bem como a democratização do diálogo são canais nucleares no processo de participação política e de validação da vontade das minorias.

2.1 DA LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DOS NOVÍSSIMOS MOVIMENTOS SOCIAIS, E DO DIÁLOGO ENTRE A ESFERA INFORMAL E A FORMAL

Com previsão constitucional no art. 5º, IV⁵, a livre manifestação do pensamento é um direito fundamental de indiscutível relevância para os cidadãos, dado que seu livre exercício é indispensável para a construção de uma opinião pública livre, sendo esta o sustentáculo básico para

⁵ Art. 5º. (...) IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

o exercício efetivo e pleno de participação política. Portanto, é uma característica essencial do sistema democrático.

Os cidadãos não podem exercer o autogoverno caso a liberdade de comunicar e receber ideias esteja interditada. Sendo assim, a livre manifestação do pensamento é um meio de autodeterminação coletiva. Desse ponto de vista, esse direito fundamental não é apenas uma necessidade humana de expressão de desejos e convicções íntimas. Para além disso, é um mecanismo de preservação da democracia e um direito do povo de decidir sobre seu próprio futuro. É instrumento importante para as minorias, no sentido sociológico do termo, manifestarem suas discordâncias sobre as decisões majoritárias.

Em virtude disso, em consonância com Alegria (2007, p. 198), para que o debate seja verdadeiramente livre, deve se concretizar, respeitando um conjunto de normas que garanta que este seja racional. Isso envolve reforço ao direito de dissentir da maioria, ainda que pela via judicial, e a promoção de condições sociais em que a livre manifestação do pensamento possa ser exercida de modo efetivo por todos os cidadãos. Com isso, o reconhecimento, por parte do Estado Democrático de Direito, da livre manifestação de pensamento constitui-se em um terreno em que se canalizam as disputas e as divergências inerentes a toda sociedade plural. Tal reconhecimento, por consequência, passa pela valorização de manifestações pacíficas e pela interdição do emprego da violência.

Nessa perspectiva, os movimentos sociais são, assim, a concretização do direito de livre manifestação. São “ações coletivas de caráter sociopolítico e cultural que viabilizam distintas formas da população de organizar e expressar suas demandas” (GOHN, 2003, p.13). A autora defende que, não raro, esse fenômeno, decorrente da liberdade de expressão, empreende uma descrição minuciosa dos problemas sociais, constrói propostas, pautadas em uma agenda emancipatória, articula redes e ações coletivas que agem como resistência à exclusão e lutam pela inclusão social.

As pautas dos movimentos sociais estão atreladas à conjuntura social vigente. Esta conjuntura matiza tais movimentos, dando para eles determinadas características. A partir delas, os movimentos podem ser classificados em velhos (são aqueles em que, outrora, os participantes que se comportavam como grupos de pressão contra o governo, hoje fazem parte dele), os novos (são aqueles que são organizados por meio de uma identidade cultural com uma pauta específica) e os novíssimos.

Os novíssimos movimentos sociais surgiram a partir de 2013, como uma forma de reverberação das demandas de uma sociedade marcada pela busca da democratização da informação por meio

das tecnologias da comunicação. Diferente dos novos movimentos⁶, nos quais os sujeitos se organizam em torno de uma identidade cultural, os novíssimos têm como característica principal a heterogeneidade, representada por diversas correntes e contracorrentes do mundo da política e da cultura. Por influência dos ideários anarquistas e libertários, tais movimentos preferem se organizar em forma de coletivo, por entenderem que a forma *movimento* é engessada, tradicional, é uma estrutura centralizadora. Por seu turno, os sujeitos, envolvidos no novíssimo movimento, criam novas dinâmicas da ação coletiva, mais discursiva, estratégica e de confronto de ideias e valores.

Diante disso, os coletivos

são vistos como agrupamentos fluidos, fragmentados, horizontais, e muitos têm autonomia e a horizontalidade como valores e princípios básicos. Coletivos autodenominam-se como ativistas, e não militantes de causas, vivem experiências e experimentações que podem ser tópicas ou mais permanentes; fragmentadas ou mais articuladas (GOHN, 2017, p. 23).

A fluidez, a fragmentariedade e a horizontalidade não impedem que os coletivos se tornem um movimento social, seja através da articulação de diversos coletivos ou através da autodenominação. Cumpre esclarecer que o movimento social, para a autora, é algo mais estruturado, tem opositores, identidades coesas, determinados projetos de sociedade ou de resolução dos problemas sociais que demanda. Características estas nem sempre observadas nos coletivos.

É importante salientar que os novíssimos movimentos, ancorados pelas novas formas de sociabilidade e pela busca de democratização do conhecimento, não só decodificam informação, mas também codificam os conflitos e os problemas sociais, criando e compartilhando, inclusive, narrativas a seu respeito, através das novas tecnologias e de uma linguagem própria, forjada nos embates sociopolíticos. Por conta disso, os coletivos têm um grande poder de impacto na formação discursiva da opinião pública. O que não implica dizer necessariamente que não sejam passíveis de manipulação.

Cumpre esclarecer que a formação discursiva da opinião pública dos grupos sociais não pressupõe uma unidade perfeita. O consenso evidentemente não anula as diferenças. Assume-se aqui que, na realidade, o que existe é um conjunto de formações discursivas em aliança e em negociação acerca de determinadas demandas e interesses específicos. Isso fica evidenciado nos coletivos através da forma como eles se organizam. Eles estabelecem laços e negociações em torno de uma pauta, ocorrendo, após o atendimento da demanda, a dispersão do grupo. Além disso, não há uma eliminação das divergências, porque cada indivíduo que compõe o grupo está ligado a

⁶ Gohn classifica os movimentos sociais, segundo as suas dinâmicas, em antigos, novos e novíssimos nos livros *Manifestações e Protestos no Brasil: correntes e contracorrentes* e *Movimentos sociais no início do século XXI*.

formações discursivas específicas. Nesse caso, a formação discursiva da opinião considera aquilo que pode ser dito e o que não pode ser dito em um contexto social determinado ou em situação de uma demanda peculiar.

Dado isso, as narrativas e a linguagem própria dos coletivos, enquanto uma resposta aos discursos institucionais e hierarquizados, trazem marcas e sinais das lutas travadas entre a esfera informal (sociedade civil) e a esfera formal (Estado). O diálogo⁷ é permanentemente tenso, visto que existe o desejo de mudança de uma certa vontade política assim como o desejo de manutenção e imposição de um discurso institucional. Assim, partindo da ideia de que o diálogo é uma arena onde os sujeitos travam uma luta ininterruptamente, onde habitam vozes e valores plurais, o consenso ou vontade política, na realidade concreta, não é construído horizontal tampouco espontaneamente. Ele se revela antes por meio das forças centrífugas e centrípetas, de um processo em que as relações de base impulsionam para a mudança e as estruturas sociopolíticas tentem para sua autoconservação. Nessa medida, o consenso já traz consigo embrionário o seu contrário, a discordância. É na relação sistema- mundo que a democracia deve se automodelar. Nessa ótica, como manter a democracia liberal deliberativa fundada em consensos procedimentais ficcionais?

No diálogo, em sentido abrangente do termo, o sujeito institucional, na posição de enunciação, tenta impor para o outro (destinatários) a sua vontade, a sua visão de mundo. Portanto, quando fala, espera que, em resposta, o outro aceite pacificamente a sua imposição. Para tanto, tenta seduzir o seu interlocutor por meio de mecanismos discursivos e institucionais que conferem à enunciação institucional certa validade. Contudo, as relações sociais são complexas. O que é bom, porque a resposta do interlocutor pode ser a contestação, a não aceitação da vontade institucional.

Dessa forma, o diálogo envolvendo múltiplos protagonistas contribui para construção de novos processos discursivos que podem gerar novos direitos, novas propostas que podem vir a ser debatidas por toda sociedade civil e institucionalizadas tanto pela via política quanto jurídica. Por esse ângulo, eles são parte da democracia, complementam o arcabouço político- institucional e podem aperfeiçoar, e não ameaçar a democracia ou sistema político existente.

2.2 DAS OCUPAÇÕES DAS ESCOLAS NO ESTADO DE SÃO PAULO

Apenas a título de contextualização, em 23 de setembro de 2015, o Governo de São Paulo anunciou um projeto de reestruturação escolar. Esse projeto consistia em separar as escolas de modo que cada uma passasse a ofertar apenas uma modalidade de ensino (Ensino Fundamental I, Ensino

⁷ Aqui compreendido na noção de Mikhail Bakhtin. Ver BAKHTIN, Mikhail. *Estética da Criação Verbal*. Trad. Paulo Bezerra. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

Fundamental II e Ensino Médio). A proposta também anunciava o fechamento de 94 escolas, as quais ficariam disponíveis para outras funções na área de educação. O grande problema é que, com a reorganização, 311.000 estudantes seriam remanejados automaticamente para outras escolas e 74 mil professores também seriam atingidos. O plano do governo sofreu forte resistência dos estudantes das escolas do ensino médio, que promoveram um grande movimento de ocupações de mais de 200 escolas durante cerca de 60 dias.

As ocupações foram produto da ausência de diálogo do Poder Público com a comunidade afetada pela medida governamental. Os pais, os alunos e professores protestaram contra a imposição do governo. Contudo, o protesto não surtiu efeito. Diante da inflexibilidade da administração, os estudantes passaram a ocupar as escolas como uma forma de estabelecer uma comunicação com o Poder Público. À medida que o governo recusava, as ocupações iam ganhando adesão e força por todo o estado. As ocupações foram marcadas pela organização de ações pontuais que visavam discutir os problemas da comunidade. Contudo, as pautas foram crescendo na proporção em que o movimento foi ganhando apoio e visibilidade nacional. As ações envolviam debates sobre temas políticos e culturais não contemplados pelo currículo engessado da escola. Além disso, a fim de chamar atenção da sociedade civil, como forma simbólica de levar o problema da escola para as ruas, os estudantes desenvolveram *performance* nos sinais de trânsito, assim como criaram signos próprios (Não feche minha escola), os quais traziam uma denúncia da situação opressora vivida por eles.

Com base em tal situação, as ocupações das escolas estaduais do ensino médio do estado de São Paulo, segundo (GOHN, 2017, 96), foram um movimento de resistência e de contestação contra as decisões deliberativas dos representantes eleitos. Resistência deve ser entendida, conforme Bobbio (2004, p. 132-133), como uma conduta de ruptura contra a ordem instituída. Contestação, por outro lado, deve se compreenderida como a expressão de um discurso crítico em um protesto verbal contra os sistemas culturais gerais. Assim, reafirmando, foi um movimento que mobilizou parte da sociedade civil com repercussões no cenário nacional. Movimento que construiu uma linguagem própria e *performances* específicas (*seat down*), visando atingir o público presente, interagir com ele, produzindo efeito na grande mídia e ampliando a rede de espectadores.

Baseado em uma lógica do Estado Democrático de Direito, foi uma tentativa de um diálogo com a esfera institucional, apesar de inicialmente existir uma articulação governamental para silenciar, abafar as vozes de indignação, já que durante todo o período das ocupações, inúmeras vezes, houve confrontos ou cerceamento da polícia aos estudantes, incluindo prisões.

Foi um movimento que revela a importância da promoção de condições sociais para livre exercício da manifestação das minorias, já que as ocupações ampliaram gradativamente as suas

pautas e, por conseguinte, fizeram emergir diálogos relativos a questões e temas não abarcados pelo paradigma proposto pela Secretaria de Educação.

Nas ocupações, os estudantes discutiram sobre as relações democráticas na escola, precariedade do ensino, ausência e silenciamento da escola no que diz respeito às relações de gêneros, ao racismo, à homofobia, dentre outros temas. Além disso, criaram condições para que os estudantes pudessem perceber a sua importância na condução da vida política do lugar em que estão inseridos.

3. DO PROJETO TEÓRICO DO MINIMALISMO JUDICIAL DE CASS R. SUNSTEIN

O projeto minimalista de Sunstein (2001b) visa à construção de um arcabouço teórico que ajuste e confira à revisão judicial e ao papel da Corte constitucional um lugar que se pretende legítimo dentro da estrutura democrática deliberativa. Para tanto, o minimalismo apresenta uma teoria da posição institucional do juiz, do processo decisório e da interpretação constitucional.

Seguindo essa visão minimalista, a posição institucional dos juízes deve ser a mais modesta possível, ao admitir as suas limitações cognitivas⁸, enfrentadas, sobretudo, nas questões relativas às consequências de suas decisões. A postura modesta tende a reduzir, desse modo, os custos da decisão e os julgamentos equivocados. Eles devem, com isso, restringir-se à fiscalização do processo de deliberação das leis a fim de excluir qualquer proposta que fira a igualdade fundamental dos seres humanos e os direitos individuais. Portanto, os juízes devem se comportar de forma cautelosa, ponderada, prudente, evitando tomadas de decisão que comprometam aspectos fundantes do debate político.

Isso passa pelo crivo do autorreconhecimento da posição epistêmica da Corte e do seu papel no que se refere à esfera política. Os juízes, nessa visão, têm um senso de autoconhecimento quanto à opção estratégica de identificação de suas limitações. O próprio sistema de representação também força os juízes, na busca por legitimidade, à elaboração de mecanismos de autorreferenciação.

Considerando isso, ele deve fortalecer o debate entre as instituições estatais sem prejuízo de colaboração da sociedade civil através de decisões limitadas e pouco profundas. A limitação e a superficialidade da decisão constituem-se em parâmetros decisórios, tornando-se instrumentos utilizáveis de promoção da democracia, uma vez que abre o espaço para o pluralismo razoável dentro da sociedade⁹.

⁸ Os Juízes não podem prever as consequências dos seus julgados, decidem, ao invés de adotar teorias complexas sobre as questões envolvidas, restringem-se aos casos trazidos a sua apreciação (LIMA, 2014, p. 104).

⁹ Constitutional doctrines can help to promote electoral control by helping to ensure that politically accountable actors make important decisions; some forms of minimalism have exactly this goal. But in deliberative democracy,

Diante disso, fica evidente que a corrente de autocontenção defendida por Sunstein (2001b) busca a solução do caso concreto, fugindo de fundamentos abstratos e de estabelecimentos de diretrizes abrangentes. Tal postura tem o condão de impedir que os juízes exerçam a atividade típica do legislador em respeito àqueles que não concordam com o entendimento que seria exibido pelo tribunal¹⁰. Em virtude disso, a resolução das grandes questões fica a cargo das instituições deliberativas.

Toda essa discussão demanda o desenvolvimento de um sistema teórico estratégico da fundamentação e da atuação judicial substantiva. O sistema autolimitativo é, portanto, composto por mecanismos prescritivos que sinalizam para a construção consciente de uma decisão marcada pela ausência de profundidade e pela presença significativa do estreitamento da decisão.

Como ponto de partida, os juízes desenvolvem argumentos teóricos incompletos em sua fundamentação. Também denominado de teorização incompleta, tal estratégia tem como escopo atrair o apoio de perspectivas diversas sobre as questões trazidas a lume para o resultado de seu julgamento, sem comprometer as instituições e o debate futuro. As questões, por sua vez, ficam abertas.

Para Sunstein (2001b), os argumentos incompletos, sobretudo quanto a princípios constitucionais e a casos difíceis, permitem a estabilidade social, especialmente, quando se está diante de contextos em que há discordâncias sobre as questões públicas e privadas. Na conjuntura deliberativa, a incompletude da teorização serve para que a sociedade busque a evolução e o progresso através do tempo assim como tem a vantagem de não engessar o debate.

No tocante à dimensão jurídica propriamente dita, o autor demonstra, em suas elucubrações, as vantagens do argumento incompleto. Desse modo, a materialização do argumento incompleto se dá através de prototípicos ou casos exemplares, ou seja, por intermédio de um raciocínio analógico e de precedentes. Nessa perspectiva, os juízes analisam os casos através de outros casos, desenvolvendo um pensamento analógico.

a premium is also placed in exchange of reasons by people with different information and diverse perspectives. In a heterogeneous society, deliberation is to be welcomed precisely because of social pluralism (SUNSTEIN, 2001b, p.25). [As doutrinas constitucionais podem ajudar a promover o controle eleitoral, ajudando a assegurar que os atores politicamente responsáveis tomem decisões importantes; algumas formas de minimalismo têm exatamente esse objetivo. Mas na democracia deliberativa, um prêmio também é colocado em troca de razões por pessoas com informações diferentes e perspectivas diversas. Em uma sociedade heterogênea, a deliberação é bem-vinda justamente por causa do pluralismo social].

¹⁰ [Juízes] “são especialistas no processo em sentido estrito, o processo por meio do qual são descobertos os fatos e as partes em litígio podem apresentar suas pretensões. E até certo ponto são especialistas no processo em sentido amplo, processo por meio do qual as grandes questões políticas são determinadas de modo imparcial: parecem de fato perceber intuitivamente como assegurar que todos tenham voz [...]” (ELY, 2010, p.136).

Uma das vantagens apresentadas é a redução da necessidade de grandes construções teóricas e de geração de lei a partir do zero, uma vez que o mecanismo da incompletude do argumento encontra campo fértil na criação do compartilhamento e do terreno relativamente fixo de decisões a partir do qual diversos juízes podem trabalhar¹¹. Para o autor, se os juízes enxergam uma forma pronta, o processo de análise do caso permite uma tomada de decisão mais estreita. Além disso, a análise do caso, através da analogia, permite que o juiz despenda menos esforços para descobrir os fundamentos profundos de alguma área da lei, já que estes foram, de certa forma, discutidos e trazidos à tona em casos exemplares. Portanto, a ênfase no caso reduz o número de erros e os encargos da decisão.

Através do método da argumentação analógica, algumas posições sobre a interpretação judicial¹² são defendidas com a reivindicação de que se torna mais fácil colocar desacordos intratáveis de lado e assegurar que grupos diversos, com suas posições diversas, possam buscar um ponto de vista comum sobre o que é a lei. O problema é que os diversos grupos discordam sobre os métodos de interpretação. Nessa circunstância, um acordo completamente teorizado sobre como interpretar a lei é improvável. As pessoas estão mais provavelmente propensas para convergir sobre resultados particulares do que sobre método.

A fragilidade da elaboração de pensamento jurídico analógico de Sunstein (2001b) encontra-se na escolha do caso protótipo. Os juízes podem se deparar com diversos casos exemplares, ou diversas alternativas no processo de decisão de um caso concreto. Nessas circunstâncias, como a corte deve proceder? Com base em que critérios ou requisitos, os juízes devem escolher a alternativa para solução do caso? Objetivos? Subjetivos? A resposta do autor não se mostra satisfatória.

O certo é que o autor propõe uma atuação de certo modo autômata dos juízes, se se analisa essa estratégia em uma dimensão mais profunda. O que Sunstein (2001b) sugere é um retorno a uma circularidade hermenêutica em que o direito se fecha em uma cercania como se ele fosse capaz, por si só, de responder às questões trazidas à tona. Há de se refletir que cada caso engendra as suas singularidades, porque forjado no acontecimento, na contigência.

A proposta sunsteiniana, nesse sentido, prescreve o abandono consciente dos elementos fáticos estranhos ao caso exemplar em detrimento dos familiares a fim de ajustar e legitimar, dentro da ordem democrática, a conduta autocontida dos juízes constitucionais. Assim, a mera aplicação da

¹¹ [...] analogical reasoning reduces the need for theory-building, and for generating law from the ground up, by creating a shared and relatively fixed background from which diverse judges can work (SUNSTEIN, 2001b, p. 42). [o raciocínio analógico reduz a necessidade de construção de teorias e de gerar leis a partir do zero, criando um fundo compartilhado e relativamente fixo a partir do qual diversos juízes podem trabalhar].

¹² SUNSTEIN, Cass R. **Designing Democracy**: what Constitutions do. New York: Oxford University Press, 2001a, p.54-55.

regra ou da analogia comprometeria os substratos capitais da jurisdição, quais sejam: o senso de justiça e o poder decisório.

Outro mecanismo importante da teorização minimalista sunsteiniana diz respeito ao silêncio. Para o autor (2001b, p. 5),

Judges often use silence for pragmatic, strategic, or democratic reasons. Of course it is important to study what judges say; but it is equally important to examine what judges not say, and why they do not say it. As we shall see, the question whether to leave things undecided helps to unit a series of otherwise disparate debates in constitutional law (SUNSTEIN, 2001b, p. 5)¹³.

O uso construtivo do silêncio, que será discutido com mais acuidade na seção seguinte, é “um dispositivo para a produção da convergência apesar do desacordo, da incerteza de limites de tempo e da capacidade e mesmo da heterogeneidade” (LIMA, 2014, p. 101). Quer se dizer, com isso, que o silêncio, numa visão discursiva ideológica, torna-se uma espécie de autocensura, de interdito que regula o dizer e o dizível na atividade de interpretação jurídica constitucional em prol de uma suposta convergência.

Além do silêncio, o arcabouço minimalista defende que os juízes devem, mais do que estabelecer regras abrangentes, decidir casos. Para tanto, eles devem formular decisões que sejam estreitas. A estreiteza, enquanto um mecanismo de autocontenção judicial relativa, está diretamente atrelada à decisão. O entendimento de que as noções amplas invocam generalidades e que estas são próprias da atividade legislativa, levam a considerar que as razões devem se restringir ao caso concreto, não podendo ser utilizadas como precedentes em outras situações. O efeito de sentido do silêncio, nessa perspectiva, é a produção de uma omissão judicial diante de questões sensíveis debatidas pela sociedade.

A estreiteza demanda uma certa superficialidade nos fundamentos. Portanto, a superficialidade também é um dispositivo da ideologia minimalista sunsteiniana. Os minimalistas tentam evitar questões de princípios básicos. Para eles, muitos debates filosóficos operam em um nível muito alto de abstração, mas os debatedores podem frequentemente ser trazidos para convergir quando questões concretas são erigidas sobre a lei apropriada. Noutras palavras, alguns debates tornam-se mais tratáveis quando eles se tornam mais concretos.

Nesse sentido, ele convida os juízes a uma descida conceitual ou a discussão de conceitos mais concretos que possam produzir a concordância. Isso se dá por meio de um raciocínio pouco

¹³ [Os juízes costumam usar o silêncio por motivos pragmáticos, estratégicos ou democráticos. É claro que é importante estudar o que os juízes dizem; mas é igualmente importante examinar o que os juízes não dizem e por que não dizem isso. Como veremos, a questão de deixar as coisas indecisas ajuda a unir uma série de debates díspares no direito constitucional] (tradução livre).

ambicioso no qual as pessoas podem convergir sobre diversos fundamentos ou com relação às incertezas sobre os fundamentos apropriados. Portanto, a aplicação da superficialidade pretere questões fundamentais. Os juízes constitucionais podem utilizar a lei constitucional tanto para modelar quanto para promover um objetivo crucial do sistema de política liberal: tornar as questões possíveis quando a concordância é necessária e torná-la desnecessário para que as pessoas concordem quando a concordância é impossível¹⁴.

Com base na exposição ora apresentada, o minimalismo é uma teoria da decisão que resolve o caso, mas deixa coisas não decididas por meio de regras estreitas e da não resolução definitiva dos conflitos e discordâncias trazidas pelas partes como uma condição de reforço da democracia. Essa visão propaga a ideia de que a jurisdição constitucional é apenas um dos mecanismos que compõem o sistema democrático, cuja função é meramente de fiscal dos procedimentos formais de deliberação normativa. Para que a democracia se efetive plenamente, os juízes precisam desenvolver as virtudes da passividade, da discrição e da mínima atuação, ou seja, devem desobstruir os canais das mudanças políticas.

4. DOS REFLEXOS E DA REFRAÇÃO DO DISCURSO DO MINIMALISMO JUDICIAL SUNSTEINIANO NA ADPF Nº412

Antes de começar a análise propriamente dita, cabe um parêntese a fim de explicar para os potenciais interlocutores que analisar o discurso, acima de tudo, é perceber que o dizer carrega refletido e refratado algo dito alhures, porém matizado pelo aqui agora. Refletido, porque, em alguns momentos do discurso, é possível identificar uma imagem nítida do Outro dentro do si, marcada pela heterogeneidade mostrada, tornando, com isso, perceptível os efeitos de sentido do seu discurso. E, refratado, porque, em outros momentos, a sua imagem aparece distorcida e se dissolve dentro do discurso, sobretudo, quando o sujeito enunciador se assume como o dono de seu dizer.

Analisar um discurso é inquirir sobre como um sujeito interpelado pela ideologia e pelas relações de poder se autorrepresenta dentro dele por meio de mecanismos linguístico- discursivos. E como ele o (discurso) reproduz e o matiza com a singularidade do acontecimento. É abandonar os sentidos prontos e acabados, deixando-os sempre em suspenso. É denunciar que os sentidos

¹⁴ [...] Supreme Court can use constitutional Law both to model and promote a crucial goal of a liberal political system: to make it possible for people to agree when agreement is necessary, and to make it unnecessary for people to agree when agreement is impossible (SUNSTEIN, 2001b, p. 14). [A Suprema Corte pode usar o Direito Constitucional para modelar e promover um objetivo crucial de um sistema político liberal: tornar possível que as pessoas concordem quando o acordo for necessário, e tornar desnecessário que as pessoas concordem quando o acordo for impossível].

imiscuídos nos signos são resultados das relações intersubjetivas conflituosas situadas em tempos e espaços determinados. É ultrapassar a linearidade do texto, buscando por detrás dele as regras e os princípios que identificam a autoridade e que conferem validade ao dizer. Por isso, concordando com Foucault (2010), o discurso é um conjunto de regras anônimas que possibilita o exercício de produção de sentido em condições históricas dadas.

Sendo assim, a análise do discurso de linha bakhtiniana é o método de leitura interpretativa adequado para esta investigação, pois este ancora o discurso na história e no social. Isso permite perceber os traços, os sinais e as marcas deixadas, ainda que muito sutis e refinadas, pelo enunciador ao longo do texto. Nessa perspectiva, um pingço é letra. Mais do que dizer, o não dizer é extremamente relevante para a construção do sentido, porque é possível identificar o lugar institucional e ideológico ocupado pelo sujeito e a classificação de seu discurso na esfera pública formal e informal. Logo, é mais apropriada, porque funciona como uma lente de aumento que possibilita enxergar a teoria minimalista de Sunstein refletida e refratada na decisão de não conhecimento da ADPF 412 pelo juízo da Suprema Corte, seja pela postura autocontida do juiz, seja pelas estratégias utilizadas para não decidir sobre as questões primordiais e se autorrepresentar dentro da decisão.

Convém salientar que a decisão do Ministro Relator Alexandre de Moraes foi pelo não conhecimento da ADPF 412¹⁵ pela improcedência¹⁶ do objeto, nesse caso, o parecer da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. O ministro reconhece que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, segundo a Constituição Federal e a legislação, tem cabimento para evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Estas hipóteses bastariam para reconhecer o prosseguimento da ação. No entanto, em uma interpretação autocontensiva o ministro enuncia que

o objeto impugnado não corresponde a qualquer dos permissivos legais para ajuizamento da ADPF, pois inexistem efeitos concretos decorrentes do ato impugnado, como bem salientado na manifestação do Advogado-Geral da União,

¹⁵ O não conhecimento é um termo jurídico utilizado para determinar que uma ação não terá prosseguimento devido ao não preenchimento dos requisitos de admissibilidade impostos em lei. No juízo de admissibilidade, o juiz analisa os preceitos fundamentais ameaçados ou violados, os atos do poder público, a prova da violação, o pedido e a demonstração das controvérsias judiciais relevantes.

¹⁶ Aqui a escolha lexical do termo jurídico improcedência, a despeito de sua impropriedade, é intencional e consciente, já que, devido à suspeição flagrante do relator, o qual, cumpre esclarecer, interferiu diretamente no processo de desocupação, na época, como secretário de segurança pública do Estado de São Paulo, o juiz ultrapassa os limites fronteiriços do juízo de admissibilidade, o que pode ser percebido e verificado nas tramas linguístico-discursivas do relatório. Na análise do juízo de admissibilidade é possível identificar a menção rápida aos preceitos fundamentais violados, a menção mais detalhada do ato do Poder Público que ensejou a ADPF. Contudo, na prova da violação, o relatório fica comprometido, porque o juízo passa a advogar em favor do parecer da Procuradoria do Estado, na ocasião, a pedido da Administração Pública. Com isso, a petição fica totalmente comprometida, o que facilita o afastamento consciente da análise da demonstração da controvérsia judicial relevante. O juízo que indefere por ausência de elementos de admissibilidade, nesse sentido, transita, em muitos momentos, entre o mérito e a admissibilidade.

por se tratar de manifestação meramente opinativa (Parecer AJG 193/16), expedida pela Procuradoria do Estado de São Paulo, no exercício de suas atribuições constitucionais típicas de assessoria jurídica (CF, art. 132), sem caráter vinculante aos órgãos do Poder Executivo estadual. Dessa maneira, NEGO SEGUIMENTO à presente ADPF, com base no artigo 4º da Lei nº 9.882/1999, determinando o arquivamento do processo. (BRASIL, STF. ADPF 412. Rel. Ministro Alexandre de Moraes, 2017, p.4).

Mesmo diante de impactos concretos à violação de direitos fundamentais decorrentes do parecer, o não conhecimento pela improcedência do objeto torna-se uma estratégia discursiva que vem sendo tecida desde o relatório. Negar seguimento à ADPF das ocupações por uma tese formal sobre impropriedade do objeto do parecer sem ao menos desenvolvê-la adequadamente é deveras significativo. Neste contexto, não se pronunciar uma decisão de mérito sobre a ADPF das ocupações é silenciar sobre.

A atitude autocontida do relator desperta o senso crítico e reflexivo sobre os limites entre a impossibilidade e a improcedência jurídicas do objeto da ADPF. No caso em tela, a linha que separa uma da outra se torna tênue, o que favorece a invasão de divisas. Partindo dessa reflexão, a escolha lexical do termo jurídico improcedência, a despeito de sua impropriedade diante da decisão final da corte, é intencional e consciente. Devido à suspeição flagrante do relator minimalista, o qual, cumpre esclarecer, interferiu diretamente no processo de desocupação, na época, como secretário de segurança pública do Estado de São Paulo, com base no parecer da Procuradoria Geral do Estado, ele ultrapassa os limites fronteiriços do juízo de admissibilidade, o que pode ser percebido e verificado através dos rastros deixados na trama linguístico-discursiva do relatório.

Na análise do juízo de admissibilidade, é possível identificar a menção rápida aos preceitos fundamentais violados, a menção mais detalhada do ato do Poder Público que ensejou a ADPF. Contudo, na prova da violação, o relatório fica afetado, porque o juízo abre mão da racionalidade jurídica e se deixa levar pelos próprios interesses, passando a advogar em favor do parecer da Procuradoria do Estado, na ocasião, feito a pedido da Administração Pública. Com isso, a análise da petição fica totalmente viciada, o que facilita o afastamento consciente da análise da demonstração da controvérsia judicial relevante. O juízo que indefere por ausência de elementos de admissibilidade, nesse sentido, flerta e transita, cautelosamente, em muitos momentos, entre o mérito e a admissibilidade.

Tendo como orientação tais diretrizes, a primeira parte da decisão (relatório) apresenta três narrativas, quais sejam: a do impetrante, a da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo conjuntamente com a Procuradoria Geral do Estado e a da Advocacia Geral da União:

(1) Relato do impetrante: o impetrante ***alega que***¹⁷ o Governo do Estado estaria buscando uma forma de reintegração de posse mais célere, independente de medida judicial, utilizando como aporte o art. 1.210, § 1º, do Código Civil, o qual permite a utilização da força à restituição da posse turbada ou esbulhada, desde que aja rapidamente. (BRASIL, STF. ADPF 412. Rel. Ministro Alexandre de Moraes, 2017, p. 1) (grifo nosso)

(2) Relato da Secretaria Estadual de Segurança Pública e da Procuradoria Geral do Estado: quanto ao mérito, ***afirmaram que*** o exercício da autotutela estatal guarda nexos com a jurisprudência administrativa estadual, como está expresso no parecer PA. n. 29/2008. *Esse entendimento não obstará os direitos constitucionais de liberdade, de manifestação e reunião ostentados na Constituição Federal; antes, os equalizará às balizas jurídicas, buscando garantir seu exercício com a funcionalização dos aparelhos públicos, cuja fruição também guarda assento constitucional. Nesse caso, o parecer procurou viabilizar o direito à educação (art. 6º e Título VIII, Cap. III, Seção I, da CF/88)* (BRASIL, STF. ADPF 412. Rel. Ministro Alexandre de Moraes, 2017, p.2). (grifo nosso)

(3) Secretária Estadual de Segurança Pública e da Procuradoria Geral do Estado: preliminarmente, ***alegaram*** a impossibilidade de insurgência, via ADPF, contra parecer jurídico, pois a orientação transmitida pelo órgão de assessoria não se enquadraria na hipótese de ato do poder público ou ato normativo federal, estadual ou municipal catalogados no artigo 1º da Lei 9.882/1999. *Os pareceres jurídicos possuem mero viés consultivo, traduzindo a opinião daquele órgão, sendo faculdade do Governo acatá-lo ou não. Para além disso, contestaram o caráter subsidiário da ação* (BRASIL, STF. ADPF 412. Rel. Ministro Alexandre de Moraes, 2017, p.2) (grifo nosso)

(4) Relato da Advocacia Geral da União: revestido de jurisprudência desta Corte, ***alega que*** a existência de atos que possam considerados presumidamente ilícitos, como turbação ou esbulho, permite à Administração resguardar a posse de seus bens por sua própria força (doc. 29, p. 17). Nessa esteira, defende que o Poder Público, no exercício do ato administrativo, está revestido de autorização para atuar com a força necessária à proteção dos seus bens. Por fim, salienta que tais prerrogativas não equivalem a admitir que as autoridades do Estado de São Paulo possam praticar excessos, desrespeitando os direitos de possíveis ocupantes. (BRASIL, STF. ADPF 412. Rel. Ministro Alexandre de Moraes, 2017. p.3). (negrito nosso) (itálico do relator)

Nos enunciados (1) e (4), o deslocamento do sujeito para uma posição discursiva é percebido pela síntese na narrativa do arguente. Ele apresenta concisão e precisão dos fatos. No relatório, é o juízo analítico que se encontra no excedente de visão. Tal juízo é responsável pelo acabamento das narrativas dos fatos trazidos pelos sujeitos da demanda, ou seja, do lugar discursivo ocupado pelo sujeito que fala e é falado, ele coordena as vozes ali presentes, pois o juízo decisório depende desse acabamento. No exercício de poder, o sujeito analítico não dá voz ao impetrante no que concerne à argumentação das questões envolvendo os preceitos fundamentais. Os argumentos do arguente são

¹⁷ O grifo nosso se refere às marcas linguísticas dos discursos indireto e indireto livre.

identificados a partir da voz dos contestadores, no caso, da voz da Secretaria de Segurança, da Procuradoria do Estado e da Advocacia Geral da União.

O deslocamento é notado também por meio da escolha do discurso indireto, visto que, por essa via, ele leva o interlocutor a crer no seu distanciamento do dizer do outro, concomitantemente, projeta a imagem de um analista que ouve atento às demandas e, por seu turno, mantém a ilusão de imparcialidade. Ele tenta também manter a imagem de analista por meio do uso constante do itálico em partes específicas das narrativas, como pode ser observado em “*bens por sua própria força*” presente no enunciado (4). Ao fazer isso, ele se compromete e assume uma posição no discurso, já que essa seleção evidencia o caminho ideológico e interpretativo do relator.

Já nos enunciados (2) e (3), que corresponde à versão da Secretária de Segurança Pública, a reprodução do relato é minuciosa, abundante de detalhes e argumentos. Além disso, o juiz constitucional utiliza o mecanismo do discurso indireto livre, como pode ser observado na parte destacada em itálico. Nesse momento, a imagem do analista é comprometida, uma vez que ele deixa de escutar e analisar para falar o que pensa acerca da demanda, não sendo possível perceber com clareza quem analisa, narra e quem argumenta. Isso desperta uma suspeição quanto às intenções dele. Tal suspeição se estende as conclusões tiradas pelo juízo como pode ser percebido através de “nessa esteira”, no enunciado (4) e ao longo do relato dos fatos apresentado pela contestação.

Noutras palavras, tenciona-se afirmar que, quando ele escolhe e emprega o discurso indireto livre para apresentar a versão do contestador, ele abre, dentro do discurso do Outro, a possibilidade de elaborar os seus juízos de valores, sem se comprometer, porque crê que o discurso relatado não é de sua responsabilidade. Contudo, o discurso citado não é apenas um discurso sobre o discurso, mas também um discurso no discurso, como bem afirma Bakhtin (2009)¹⁸. Desse prisma, ele privilegia e assume como seu um certo discurso institucional, qual seja: o da esfera do governo, cabe ressaltar, da qual era secretário de segurança pública na ocasião da desocupação. Daí a acuidade no relato e as conclusões. Então, a voz do juízo analítico se imbrica a do secretário de segurança pública.

Por meio de uma seleção, do recorte, e da cola daquilo que outro traz as suas mãos, o relator vai tecendo a falsa imagem de um consenso em torno do parecer, ao mesmo tempo em secundariza e afasta da análise questões fundantes acerca da demanda: a violação de preceitos fundamentais por ato do poder público. Isso evidencia o seu caráter minimalista, porque as questões são discutidas

¹⁸ O discurso indireto livre, longe de transmitir uma impressão passiva produzida pela enunciação de outrem, exprime uma orientação ativa, que não se limita meramente à passagem da primeira à terceira pessoa, mas introduz na enunciação citada suas próprias entoações, que entram então em contato com as entoações da palavra citada, interferindo nela (BAKHTIN, 2009, p.198).

sem qualquer compromisso com a profundidade que a demanda requer. A livre manifestação, o direito de reunião e o princípio da inafastabilidade da jurisdição fazem parte do núcleo duro da Constituição de 1988. Essas questões ficam fora do ângulo de análise do juízo. Ele inverte a ordem ao privilegiar o princípio da autotutela, sem uma ponderação criteriosa e sem discutir a questão do controle judicial dos atos da administração pública.

Então, apoiado no discurso indireto livre, o relator sustenta a posição ideológica de que o parecer, o qual ensejou o uso de forças policiais desarmadas para desocupar as escolas estaduais, é meramente consultivo, por isso, incapaz de violar preceitos fundamentais. Ao sustentar tal posição, ele defende que o parecer está imune às limitações impostas pelos valores diretrizes de uma ordem democrática, devendo ser observado apenas do ponto de vista formal. Com isso, ele oculta e nega o caráter substancial de um parecer, o qual sempre traz orientações, e os discursos assumidos dentro dele produzem efeitos e repercussões, o que pode ser nefasto.

O parecer, do ponto de vista da análise bakhtiniana, é um enunciado. Sendo enunciado apresenta regras composicionais, um estilo e um conteúdo (tema), além de carregar toda complexidade das interações sociais. O conteúdo é sempre uma resposta ativa do sujeito falante a uma provocação suscitada pela complexa cena comunicativa. Logo, o enunciado produz efeitos de sentido ancorado por condições de produção dadas. Os sentidos e a intenção do sujeito que fala não estão previamente determinados e acabados. Tais elementos são construídos a partir da relação de poder estabelecida entre os interlocutores, apoiados por fatores externos que ensejaram uma atitude comunicativa do sujeito falante. Dado isso, torna-se impossível uma análise puramente formal dos elementos composições do parecer, porque este já totalmente afetado pelas entoações dos sujeitos falantes presentes na enunciação e pelos fatores extralinguísticos que provocaram seu surgimento no mundo.

O intérprete, portanto, tem a responsabilidade ética de considerar, no seu percurso de significação, todos os elementos contextuais presentes no parecer para uma compreensão racional do objeto analisado. Quando juízo, guiado por interesses pessoais, analisa o parecer desconectado e desconectando-o da cena enunciativa, agarando-se apenas aos aspectos composicionais, deixa um rastro ideológico da exclusão de sentidos essenciais para aceitação dos apelos de seu interlocutor. Na queda de braços com este, prevalece a posição de poder do intérprete, haja vista que este subverte as regras do jogo da equidade com propósito de justificar a sua interpretação.

O relator minimalista, então, assume um lugar institucional da Administração Pública quando escolhe, no relato do outro, o argumento de que o Poder Público está revestido de autorização para atuar com força necessária à proteção dos bens. Ao dizer isso, infere-se que o relator assume o discurso de que o Estado tem a faculdade de agir diretamente ou indiretamente sem observância dos limites impostos pela lei e pela ordem constitucional. Para os analistas do discurso, a afirmação

engendra em seu interior a negação. Sendo assim, o relator ao afirmar, nega também. Nesse caso, ele nega a partir do momento em que discute a questão de forma superficial, deixando, desse modo, fora do âmbito analítico, questões como legalidade, tipicidade e interesse público, institutos caros à promoção e ao reforço da democracia. A partir disso, infere-se que o relator valida a generalização e a ampliação do poder de atuação estatal, diminuindo, simultaneamente, o papel jurisdicional quanto à resolução de conflito entre a esfera pública e a privada. Isso o vincula a uma ideologia procedimental, na medida em que é afetado por um saber que desconecta do Direito o debate, não menos ideológico, sobre um de seus substratos, qual seja: a moral.

Considerando desse ponto de vista, o discurso minimalista, em vez de promover a democracia, torna-se um instrumento perigoso à ordem constitucional, já que é um discurso que privilegia o apagamento e o ocultamento de grandes controvérsias no âmbito da jurisdição constitucional. Em vez de desobstruir os canais democráticos, ele permite e autoriza que uma parcela atingida pelo Poder Público seja injustiçada. Diz-se isso, porque, no Estado Democrático de Direito, a atuação do Estado é pautada por uma posição ideológica em que os valores morais fundamentais eleitos pela “sociedade” devem ser respeitados.

Apesar das ressalvas quanto ao conteúdo ideológico de tais valores e não cabe discuti-los aqui, reconhece-se que a comunidade afetada ideológica e historicamente por um certo discurso de justiça social, vale dizer valor moral fundamental para essa perspectiva, identifica a jurisdição como um lugar de concretização dessa justiça.

Quando o Ministro Relator constrói a sua argumentação e a sua fundamentação no espaço dado aos demandantes, observa-se um jogo estratégico polêmico e de simulação que articula saber e poder, esquiva, dominação e luta entre a ideologia do Estado liberal e a do Estado de Bem-Estar Social. Dessa maneira, já no relatório, ele não apenas relata e antecipa o julgamento, mas produz um efeito de sentido de que a jurisdição é apenas uma instituição que deve respeitar as decisões dos Poderes eleitos, e, por sua vez, as questões sociais devem ser resolvidas pela sociedade civil.

Retomando, na segunda parte (a decisão propriamente dita), o sujeito enunciador é o juízo decisório. A fim de analisar os requisitos de admissibilidade da ADPF 412, este juízo lança mão da citação de precedentes. Noutras palavras, ele vai tecendo um discurso minimalista por meio da alusão a casos exemplares, como se pode vislumbrar:

(5) A Constituição Federal determina que a arguição de descumprimento de preceito fundamental constante da Constituição seja apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei (AgReg em Petição 1140-7, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, DJ de 31/5/1996; Pet 1369-8, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJ de 8/10/1997), que, editada em 3 de dezembro de 1999 (Lei 9.882), regulamentou o art. 102, § 1º, da Constituição Federal, consagrando a ADPF como integrante de

nosso controle concentrado de constitucionalidade (ADPF 43-2/SP, AgReg, Rel. Min. CARLOS BRITTO, Pleno, DJ de 13/4/2004), com cabimento em três hipóteses: (a) para evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público; (b) para reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público; e (c) quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição (BRASIL, STF. ADPF 412. Rel. Ministro Alexandre de Moraes, 2017, p.3).

Seguindo o rito formal exigido pelo contexto discursivo, ao iniciar a análise do cabimento da Ação de Descumprimento de Preceitos Fundamentais, é possível perceber que o enunciador reproduz o discurso institucional aceito pela comunidade de juízes constitucionais através do recorta/cola. O caminho escolhido é o da heterogeneidade mostrada. Pela heterogeneidade mostrada¹⁹, o sujeito tenta validar o seu dizer através da autoridade trazida pelo Outro, evitando, com isso, questionamentos sobre a sua decisão. Somando-se a isso, a heterogeneidade revela o caminho decisório escolhido pelo enunciador, qual seja: a construção de um raciocínio analógico. Na teoria minimalista, a analogia reduz a necessidade de grandes teorizações, por entender que essa via evita as discordâncias, o aprofundamento e a ampliação das demandas constitucionais. O atalho decisório revela também que questões fundamentais para manutenção de um sistema democrático não serão decididas pela jurisdição. Veja-se:

(6) Com a edição da referida lei, esta Corte ampliou o exercício da jurisdição constitucional abstrata, passando a admitir o ajuizamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental, não somente em relação a ato do Poder Público com potencialidade lesiva a direitos fundamentais, mas também em virtude de controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição (ADPF 130/DF, Rel. Min. CARLOS BRITTO, Pleno, decisão: 30/4/2009; ADPF 291/DF, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Pleno, decisão: 28/10/2015), ainda que, excepcionalmente, revogados (ADPF 84/DF, AgR, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Pleno, DJ de 27/10/2006) ou cuja eficácia já tenha se esaurido (ADPF 77-7/DF, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Pleno, DJ de 24/6/2006), inclusive com a possibilidade de concessão de medida liminar (ADPF 77 MC, rel. Min. MENEZES DIREITO, Pleno, Dje de 11/2/2015), desde que presentes todos os demais requisitos constitucionais.

Baseado em uma teorização incompleta, construída pelo raciocínio analógico, o juízo decisório assume uma ideologia através da camuflagem do discurso de autoridade construído institucionalmente e, dessa forma, ele se exime da responsabilidade de discutir os vários pontos de vistas, as várias versões trazidas pelos sujeitos da demanda sobre um mesmo fenômeno jurídico,

¹⁹ Para Torga (2001, p.37-38), a heterogeneidade mostrada consiste em inscrever o Outro no discurso pelas marcas linguísticas presentes no fio do discurso e sua inserção no discurso levará em consideração que a) o discurso se constitui de já-dito; b) o discurso existe tendo em vista um destinatário e que implica as condições de produção do discurso. Na heterogeneidade, temos as aspas, as glosas, o discurso direto, indireto, paráfrase/paródia, citação [...].

esquivando-se da polêmica e das particularidades apresentadas na demanda. Simultaneamente, ele evidencia uma posição discursiva, ainda que não revelado, porque decidir, como afirma Ferraz Júnior (2013), é comunicar. E ampliando o alcance semântico do termo, comunicar não é apenas uma troca de mensagem, mas é também um modo de significa-se, de produzir efeitos de sentido.

De outro modo, a fim de não aprofundar os argumentos e de não provocar debates futuros, o juiz circula pelo já dito, como uma forma de recusa a quebrar o silêncio e um modo de chegar a sua decisão sem grandes conflitos. Isso provoca efeitos de sentido, sobretudo, acerca do papel da jurisdição. Ao reproduzir o discurso alheio, abandonando as questões envolvendo violação a preceitos fundamentais, ele vai construindo uma imagem minimalista da jurisdição.

Assim, depreende-se que o discurso minimalista judicial impõe uma série de restrições à atuação dos juízes. Eles devem interferir o mínimo possível nas ações dos representantes eleitos, segundo uma presunção de constitucionalidade de seus atos; devem apenas fiscalizar o sistema de deliberação, o qual deve abranger todos os cidadãos (voto); devem marcar em seu dizer a prevalência do sujeito assujeitado ao discurso dos representantes eleitos; devem deixar questões abertas, sem decidir, buscando resolver as questões passíveis de consenso. Isso leva a perquirir: se o juízo constitucional deixa questões fundamentais indecidas, quem irá decidi-las numa sociedade marcada pela estratificação e pela opressão?

Numa democracia, em que os mecanismos de deliberação ainda são precários e controlados por grupos hegemônicos, o juiz minimalista que se utiliza do discurso de autoridade institucional com o propósito consciente de se esquivar e de omitir-se diante das particularidades dos casos e para fugir do debate acerca dos valores substanciais compromete a ordem constitucional. Os preceitos fundamentais são conteúdos ideológicos essenciais da ordem democrática, porque são eles que sustentam e conservam a própria estrutura do Estado. Por meio de seus aparelhos ideológicos²⁰, as instituições democráticas reproduzem os valores fundamentais a fim de manter um estado de coisas.

Nesse contexto, o juiz que fala pouco, com discrição e se silencia abre mão de sua própria legitimidade criativa e da sua importante função política no atendimento das demandas trazidas pelas minorias sociais, subvertendo a ordem constitucional e acrescentando novos conteúdos ideológicos aos preceitos fundamentais. Isso corrobora a tese de que o juízo constitucional vem sendo orientado por uma outra ideologia, a qual flexibiliza questões fundamentais para a manutenção do sistema democrático que tem como substrato ideológico a busca da equiparação social.

²⁰ Ver ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1970.

4.1 DA CONSTRUÇÃO DO SILÊNCIO JUDICIAL NA ADPF 412: O ENCOBRIMENTO DA JURISDIÇÃO POLÍTICA

O discurso minimalista prescreve um grande desafio para o juiz constitucional: se equilibrar entre o dizer e o não dizer. O perigo de se movimentar no discurso, de arriscar o diálogo e o debate de questões fundamentais são traços marcantes da teoria do ato decisório sunsteiniana. Ao prescrever que o juiz deve se silenciar diante das grandes controvérsias, Sunstein (2001b) se afasta da noção de silêncio enquanto um princípio fundador dos sentidos da linguagem e se aproxima da política do silêncio, que, segundo Orlandi (2007, p. 73), “se define pelo fato de que ao dizer algo apagamos necessariamente outros sentidos possíveis, mas indesejáveis, em uma situação discursiva dada”.

Enquanto política do silêncio, o autor defende um recorte entre aquilo que pode e aquilo que não pode ser dito dentro do discurso constitucional. Ele propõe a autocensura para a jurisdição como uma condição de sua permanência dentro do sistema democrático. Isso leva a considerar que os juízes estão interditados de ocupar determinadas posições dentro do discurso jurídico. Analisando a ADPF 412, é possível perceber a cautela e ao mesmo tempo a tensão do juízo decisório, com vista a permanecer dentro de certos limites discursivos, como podemos verificar:

(7) Não é o caso da presente hipótese, em que o objeto impugnado não corresponde a qualquer dos permissivos legais para ajuizamento da ADPF, pois inexistem efeitos concretos decorrentes do ato impugnado, como bem salientado na manifestação do Advogado-Geral da União, por se tratar de manifestação meramente opinativa (Parecer AJG 193/16), expedida pela Procuradoria do Estado de São Paulo, no exercício de suas atribuições constitucionais típicas de assessoria jurídica (CF, art. 132), sem caráter vinculante aos órgãos do Poder Executivo estadual (BRASIL, STF. ADPF 412. Rel. Ministro Alexandre de Moraes, 2017, p.4).

Esperava-se que o juízo decisório trouxesse argumentos, fundamentos profundos e a construção de teorias para justificar o não conhecimento da ação. Contudo, um silêncio profundo é o que entrecorta, de ponta a ponta, o seu dizer. Isso, porque o “poder dizer” conduz ao reconhecimento daquilo que se nega: o direito de se manifestar e resistir às decisões deliberadas pelos representantes eleitos que afetam grupos minoritários. Ao silenciar-se também pretende conservar e validar determinados sentidos, a saber: o poder opressor do Estado frente a uma parcela desassistida e alijada dos processos de normatização da vontade política. Esse tipo de silêncio é historicamente identificável, porque é uma estratégia política de recorte do dizer. Quer-se afirmar que a política de silenciamento resulta em significação.

O silêncio diante dos fatos que trazem indícios de violação aos elementos instauradores do sistema democrático por parte de ato do Poder Público revela a posição discursiva que esse juízo

ocupa. O seu dizer se encontra dentro dos limites institucionais. Na imagem delineada na decisão, o juiz projeta o seu papel meramente institucional, ou seja, ele é meramente um procedimentalista formal. Portanto, ele ratifica e valida, através dos argumentos da AGU, os atos do Poder Público, com base apenas em uma pressuposição de constitucionalidade. Portanto, a construção do silêncio judicial é um mecanismo que tenta obstruir, ocultar e encobrir a jurisdição política e a atividade interpretativa através da imposição de limites rígidos entre o que pode ser dito e o que não pode ser dito.

Com isso, ele tenta retirar da esfera judicial a legitimidade para resolver tais conflitos e, conseqüentemente, transfere para os complexos legislativos e administrativos a deliberação sobre a livre manifestação, a inafastabilidade da jurisdição, a cidadania. Nesse caso, especificamente, são instrumentos valiosos para o processo de equalização das relações assimétricas existentes dentro da esfera pública. E por isso, devem ser protegidos pela jurisdição. O juiz constitucional tem a difícil tarefa de equalizar a esfera pública deliberativa e a moralidade institucional, a soberania popular e os direitos fundamentais.

Em outras palavras, o juiz deve exercer a jurisdição sociopolítica, porque ele não só exerce o papel de atualizador da norma constitucional, mas a cria a fim de consubstanciar a ordem de valores significativos de um sistema democrático justo e igual. Apesar de não ser um representante eleito pelo povo, e mesmo por isso, o juiz necessita reconhecer seu papel político, contramajoritário na democracia, reconhecer-se como um ser de linguagem e ideológico em causas que envolvam os direitos fundamentais das minorias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta investigação, o discurso minimalista presente na ADPF 412 serviu como um pano de fundo para uma reflexão e uma discussão sobre as condições materiais de produção de um comportamento minimalista por parte da Suprema Corte no controle de constitucionalidade frente a preceitos fundamentais violados pelo parecer da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Este impulsionou o cerceamento do legítimo direito de liberdade de manifestação dos estudantes das escolas do Ensino Médio do Estado de São Paulo, através do emprego da força policial e de prisões dos manifestantes, sem autorização judicial, na ocasião das ocupações dos prédios escolares, demonstrando a inobservância dos princípios norteadores da ordem constitucional.

Isso é uma ilustração da precariedade e da fragilidade dos mecanismos democráticos de participação dos grupos minoritários nas decisões tomadas pelos representantes eleitos. É indício de que a jurisdição constitucional que apresenta um comportamento passivo, discreto e autocontido

compromete os fundamentos democráticos, já que os complexos da administração e da legislação não estão abertos à escuta das demandas trazidas pelas minorias sociais.

Diante dos problemas sociais enfrentados no Brasil, a jurisdição deve ter um papel ativo e responsivo para garantir a efetiva democratização da esfera pública. Isso passa por uma transformação do Poder Judiciário. Transformação esta advinda de pressões dos movimentos sociais. Tenciona-se dizer que a jurisdição precisa se abrir para debate e permitir o verdadeiro diálogo entre a parcela desprotegida pelo Poder Público, que também compõe esfera informal, e a instâncias deliberativas nos espaços jurídicos. Ela deve possibilitar que as vozes das minorias também entoe os processos de deliberação normativa.

Daí a importância da legitimação e da valorização dos movimentos sociais como uma forma de participação no processo de construção das pautas a serem tratadas pela sociedade civil e também pelo Poder Público. Sendo assim, os movimentos sociais são fenômenos democráticos que revelam a manifestação da autonomia, da cidadania e da emancipação política do sujeito. Portanto, deve ser mantido pela ordem constitucional.

Ao negar conhecimento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 412 com base em uma discussão incompleta, superficial, estreita e silenciosa, foi possível vislumbrar a posição ideológica ocupada pelo juízo constitucional. Ademais se podem enxergar as implicações e conformações dessa posição minimalista dentro da jurisdição. É uma posição discursiva desconfortável e arriscada, porque o juiz constitucional cria interditos e lança fora da sua formação discursiva, num sentido da AD do termo, valores orientadores da atuação judicial, tal qual a justiça.

Observando o fenômeno do minimalismo judicial, suas regras e seus princípios através do movimento de dentro e fora, foi possível refletir acerca da força corrosiva do silêncio judicial e seus desdobramentos de sentido nas bases fundamentais do sistema democrático de direito. Corrosivo, porque ele destrói lentamente as possibilidades de um diálogo judicial aberto ao debate das grandes divergências. Numa sociedade plural, um juízo que se enclausura em uma função institucional, fechando os ouvidos para as discordâncias demandadas, por meio de um raciocínio analógico, não promove tampouco reforça a democracia, mas perpetua as injustiças sociais.

Considerando isso, os efeitos de sentidos do silêncio não se circunscrevem a posição discursiva do juiz constitucional. Ele afeta diretamente a autonomia dos grupos minoritários que veem na justiça um mecanismo importante de luta pelo atendimento de suas demandas, na medida em que os efeitos do silêncio penetram nas formações discursivas negociadas desses grupos. Com isso, um juiz, que não decide o mérito das questões fundadoras da ordem democrática, quer silenciar qualquer voz transformadora das estruturas sociais.

REFERÊNCIAS

- ALEGRÍA, Antônio Magdaleno. Libertad de expresión, terrorismo y límites de los derechos fundamentales. *Revista de Derecho Político*. [S.l.], n.69, p. 181-218, 2007. Disponível em: <<http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/9023/8616>> Acesso em: set. 2018.
- APPIO, Eduardo Fernando. Entrevista sobre o direito de minorias. *Jornal Carta Forense*. 2011. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-das-minorias/7579>>. Acesso em: 30 out. 2018.
- _____. *O controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 2004. 473f. Tese (doutorado). Universidade Federal de Santa Catarina. Faculdade de Direito, Florianópolis. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/87373/208502.pdf>> Acesso em: out. 2018.
- BAKHTIN, Mikhail. *Estética da Criação Verbal*. Trad. Paulo Bezerra. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- _____. *Marxismo e filosofia da linguagem*. Trad. Michel Lahud & Yara Frateschi Vieira. 13 ed. São Paulo: Hucitec, 2009.
- BARTHES, Roland. *Aula*. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Cultrix, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- _____. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 14. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz & Terra, 2017.
- BRANDÃO, Helena H. N. *Introdução à Análise do Discurso*. 2.ed. Campinas: Unicamp, 2004.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Vade Mecum Saraiva*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 412*. Brasília, 08 de agosto de 2016.

CHOMSKY, N.; HERMAN, E.S. *A manipulação do público: política e poder econômico no uso da mídia*. São Paulo: Futura, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DWORKIN, Ronald. A democracia e os direitos do homem. In: DARTON, Robert; DUHMEL, Olivier. (Orgs.). *Democracia*. Trad. de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 155- 162.

_____. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *O império do direito*. Trad. Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria de controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. Trad. Luiz Felipe Baeta Neves. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

GOHN, Maria da Glória (Org.). *Movimentos sociais no início do século XXI: antigos e novos autores*. Petrópolis: Vozes, 2003.

GOHN, Maria da Glória. *Manifestação e Protestos no Brasil: correntes e contracorrentes na atualidade*. São Paulo: Cortez, 2017.

_____. Movimentos Sociais na Contemporaneidade. *Revista Brasileira de Educação*. v. 16, n. 47, 2011, p. 333-513. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rbedu/v16n47/v16n47a05.pdf>> Acesso em: Jun/2018.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a faticidade e a validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 1 V.

KOSIK, Karel. *Dialética do concreto*. Trad. Célia Neves e Alderico Toríbio. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

LIMA, Flávia Santiago. *Jurisdição Constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF*. Curitiba: Juruá, 2014.

MARTINS; Argemiro Cardoso Moreira; MITUZANI, Larissa. Direito das minorias interpretados: compromisso democrático do direito brasileiro. *Revista Sequência*. [S.l.], n. 63, p. 319-352, dez. 2011. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/87373/208502.pdf>> Acesso em: out. 2018.

MINHOTO, A. C. B (Org.). *Constituição, minorias e inclusão social*. São Paulo: Rideel, 2009.

ORLANDI, Eni Pulcinelli. *As formas do silêncio: no movimento dos sentidos*. 6. ed. Campinas: Unicamp, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO; Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SAUSSURE, Ferdinand. *Curso de linguística geral*. 27 ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

SILVA, José Afonso da. Democracia e direitos fundamentais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin, SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINE, Alexandre Coutinho (Orgs.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.369-370.

SUNSTEIN, Cass R. *Designing Democracy: what Constitutions do*. New York: Oxford University Press, 2001a, p.54-55.

SUSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. 2. ed. Massachusetts: Harvard University Press, 2001b.

TORGA, Vânia Lúcia Menezes. *O Movimento de Sentido da Alusão: uma estratégia textual da leitura de Ler e Escrever e Fazer conta de cabeça de Bartolomeu Campos Queiroz*. 2001. 95f. Dissertação (mestrado em Linguística Aplicada). Faculdade de Letras da UFMG. Belo Horizonte, 2001.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del'Rey, 2003.

Sobre o autor:

Luana Rosário

Pós Doutorado no Centro de Estudos Sociais-CES/Universidade de Coimbra-UC

Doutora em Direito Público/UFBA

Professora Adjunta de Direito Constitucional e Direitos Humanos/UESC

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6220730804457925>

Universidade Estadual de Santa Cruz - UESC

ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-6276-8697>

E-mail: lpdrosario@gmail.com

Valdicléa Souza

Mestra pelo Programa de Pós-Graduação em Letras: linguagens e representações, da Universidade Estadual de Santa Cruz (2010-2012)

Universidade Estadual de Santa Cruz - UESC

ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-6005-8798>

E-mail: valdicleasouza@hotmail.com