I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

ANTONIO CELSO BAETA MINHOTO

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

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

---

C755
Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI
Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Antonio Celso Baeta Minhoto – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-088-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

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

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição e Democracia II durante o Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 23 a 30 de junho de 2020, sob o tema geral "Constituição, Cidades e Crises". O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito em parceria com a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES e o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPQ. Trata-se da primeira experiência de encontro virtual do CONPEDI em quase três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os temas abordados vão desde os direitos fundamentais constitucionalizados, passando pelo controle de constitucionalidade e as experiências diversas de exercício da democracia. Teoria e hermenêutica constitucionais, bem como a história do Direito Constitucional e a filosofia a ela relacionada, como não poderia deixar de ser, também estão presentes nos artigos.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Prof. Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto - Universidade Cruzeiro do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA Business School/Faculdade Arnaldo/Escola Superior Dom Helder Câmara

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Constituição e Democracia II apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Filosofia do Direito ou CONPEDI Law Review. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA – ANÁLISE DE UMA TENSÃO

JUDICIAL REVIEW AND DEMOCRACY - TENSION ANALYSIS

André Felipe de Araújo Boina
Lara Rios Pereira

Resumo

O presente artigo analisa a tensão entre jurisdição constitucional e democracia representativa. Como estratégia metodológica, será feita uma revisão crítica da literatura sobre o tema, em especial das obras de Kelsen e Luís Roberto Barroso, investigando-se as premissas filosóficas das quais partem (positivismo normativista/relativismo axiológico versus pós-positivismo/valorização da razão prática), e as consequências da adoção das mesmas sobre o papel atribuído às Cortes Constitucionais. Em conclusão, se reconhece a possibilidade de contradição entre os interesses da maioria e as restrições aos mesmos para preservação de Direitos Fundamentais como aspecto característico e ineliminável do moderno Estado Constitucional.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional, Democracia representativa, Relativismo axiológico, Pós-positivismo, Constitucionalismo

Abstract/Resumen/Résumé

This paper analyzes the tension between constitutional jurisdiction and representative democracy. As a methodological strategy, a critical review of the literature on the subject will be made, especially of the works of Kelsen and Luís Roberto Barroso, investigating the philosophical premises from which they start (normativist positivism / axiological relativism versus post-positivism / valorization of pratical reason), and the consequences of adopting them on the role assigned to Constitutional Courts. In conclusion, the possibility of contradiction between the interests of the majority and its restrictions to preserve Fundamental Rights is recognized as characteristic and unavoidable aspect of modern Constitutional States.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial review, Representative democracy, Axiological relativism, Post-positivism, Constitutionalism

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar a tensão existente entre Democracia e Jurisdição Constitucional. Como estratégia metodológica, será feita uma revisão crítica da literatura sobre o tema, em especial das obras de Hans Kelsen e Luís Roberto Barroso.

Num primeiro momento, abordaremos questões eminentemente teóricas sobre o assunto, empreendendo-se uma análise da obra de Hans Kelsen para, a partir de suas reflexões, buscarmos compreendermos os principais elementos dessa problemática e o entrelaçamento dos mesmos. Em especial, serão discutidas a possibilidade de se conhecer racionalmente o que seja a Justiça, no contexto das disputas sociais, e as consequências, em termos de arranjos político-institucionais, a depender do caminho adotado para responder a essa questão.

Num segundo momento, traremos essa questão teórica para a realidade brasileira, momento em que discutiremos o papel do Supremo Tribunal Federal em nosso sistema político. Essa discussão, entretanto, não se dará em termos gerais, e nem pretenderá exaurir temática tão vasta. O fio-condutor dessa empreitada será um artigo acadêmico publicado pelo professor de Direito Constitucional, e Ministro do STF, Luís Roberto Barroso, "Razão sem Voto" (BARROSO, 2015, p. 23-50). Nesse artigo, o professor Barroso sustenta que, além do tradicional papel contramajoritário reconhecido à Corte, o Supremo possui ainda função representativa e, eventualmente, de vanguarda iluminista, podendo atuar como protagonista, de forma legítima, na formulação de políticas públicas, em certas hipóteses.

A partir do cotejo desses dois pontos de vista, distintos desde as premissas às conclusões, será possível compreender, e também contextualizar para a realidade brasileira, as tensões que podem surgir a partir da atividade da Jurisdição Constitucional em relação aos Poderes Majoritários e o seu significado para o moderno Estado Constitucional.

1. JUSTIÇA, DEMOCRACIA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO PENSAMENTO DE HANS KELSEN.

1.1. O Positivismo Normativista de Kelsen.

Hans Kelsen, jurista e cientista político, ficou conhecido por sua Teoria Pura do Direito (KELSEN, 1998b), a partir da qual propõe uma metodologia de análise do Direito focada na norma jurídica enquanto entidade mínima de sentido deôntico, deixando de fora desse recorte científico tudo que é alheio ao Direito sob uma perspectiva formal, tais como considerações sociológicas, psicológicas, políticas, morais, e etc., em razão da incompatibilidade metodológica para o estudo de cada uma dessas áreas.

Por essa teoria, as normas jurídicas, como espécie do gênero "norma", distinguem-se das outras modalidades, como as normas morais ou de etiqueta, pelo fato de possuírem atos coercitivos como sanção, independentemente da mera desaprovação social, e funcionam como um esquema de interpretação – possuindo natureza gnosiológica – da conduta humana, dizendo não sobre o que é, mas sobre o que deve-ser.

Assim, um determinado fato como, por exemplo, o assassinato de um indivíduo, precedido de certa formalidade ritualística, nada diz por si mesmo, devendo ser interpretado à luz das normas jurídicas que qualificarão tal ato, seja como um homicídio ou, ainda, como a legal execução de uma sentença. A diferença, em todo caso, não reside na facticidade do ato em si, mas sim em seu significado objetivo.

Esse significado objetivo do ato lhe é emprestado por uma norma jurídica individual e concreta que, a seu turno, possui o caráter objetivo de um dever-ser, e não meramente subjetivo de expressão da vontade de seu emissor, pelo fato de ter sido proferida pela autoridade competente, mediante determinado procedimento, presumivelmente, portanto, de acordo com as normas gerais e abstratas que regem a matéria. Esse raciocínio, portanto, propõe que um determinado sentido subjetivo de um ato de vontade somente será alçado à objetividade de um dever-ser quando uma norma, cuja validade em última análise se pressupõe, lhe conferir essa qualidade, de modo que somos direcionados à questão acerca de com que fundamento uma determinada norma vale. A resposta passará por uma análise dinâmica do ordenamento jurídico, já que a validade de uma norma, posta por um ato de conduta humana, somente pode ser encontrada em outra norma, que metaforicamente se chama "superior", descortinando-se, destarte, a estrutura escalonada do ordenamento.

Nesse sentido, o confinamento de um indivíduo poderá ser interpretado como devido sob a ótica da sentença que o determinou, e a validade dessa sentença, por sua vez, deve ser respondida com recurso ao código penal e ao código de processo penal, os quais, por sua vez, encontram seu fundamento de validade na constituição, e a validade desta, entretanto, tem de ser pressuposta como norma fundamental, que assume a função de premissa maior no raciocínio que fundamenta a validade da constituição.

Essa pressuposição, por sua vez, ao contrário do que críticos do autor em comento por vezes afirmam, não é algo que ocorre no vácuo da abstração. Trata-se de uma norma pensada como pressuposto ao se observar a existência de uma ordem coercitiva globalmente eficaz que é interpretada como um sistema de normas jurídicas válidas. Desta feita, ela tem lugar observando-se a realidade social, de modo que se pode dizer que a validade da ordem jurídica

depende de a mesma ser, em geral, acatada pelos indivíduos que a integram (KELSEN, 2001, p. 287).

1.2. Investigações sobre a Justiça.

Se, por um lado, Kelsen julga ter sido bem-sucedido em apreender cientificamente o Direito como objeto de estudo, o mesmo não se deu ao lançar-se à análise de outro tipo de normas, as quais se denominam normas de Justiça.

Para buscar descobrir, de forma objetiva, em que consiste isso que os seres humanos desde a antiguidade recorrem à título de Justiça, o autor se pôs a analisar, minuciosamente, das tradicionais fórmulas de justiça (KELSEN, 1998a, p. 3-66), tais como o *suum cuique* (dar a cada um o que é seu), a "regra de ouro" (não faças aos outros o que não queres que te façam a ti) e o princípio retributivo, até os sistemas de filosofia moral mais notáveis, como o de Aristóteles, com sua regra da mesotes, de Kant e seu imperativo categórico, passando pelos princípios da justiça de Marx e pelas teorias do contrato social. Ao fim e ao cabo, classificou os diversos princípios de justiça em dois grupos: metafísicos, categoria em que arrola a teoria das ideias de Platão e o princípio da Justiça divina, e, a seu lado, a classe de teorias da justiça racionalistas ou pseudo-racionais, dentre as quais destacam-se as outras acima citadas.

Ambas as classes supra mencionadas, entretanto, podem ser consideradas como exemplos de uma mentalidade que Kelsen denomina absolutismo filosófico, segundo o qual há uma realidade absoluta, para além da que é apreensível pelos sentidos, e que pode ser acessada pela razão ou por divina revelação. Segundo essa concepção, não só pode ser postulada a existência de uma verdade absoluta, como também a existência de valores absolutos, a partir dos quais se pretende fundamentar objetivamente a resposta sobre o que é a Justiça.

Discordando, porém, dessa mentalidade, o autor conclui que todos os princípios e teorias de justiça já formulados não passam de fórmulas vazias, que acabam por pressupor, para sua aplicação, a moral positiva, isto é, dada, e o direito positivo. Reconhece-se, dessa maneira, a incapacidade de se fundamentar racional e objetivamente a escolha dos valores últimos que orientam os diversos paradigmas de justiça existentes. Diferentemente, portanto, da fundamentação da objetividade das normas jurídicas, que tocam a realidade por sua geral efetividade, e que por isso fazem pressupor ao observador a validade da norma fundamental do sistema, a partir da qual se fundamenta epistemologicamente a validade das outras normas que lhe são inferiores, a fundamentação das normas morais não pode ser alcançada por via análoga.

Em matéria de Justiça, por outro lado, Kelsen afirma que a escolha, por exemplo, entre quais dos princípios deve prevalecer: liberdade ou segurança, vida ou liberdade, compaixão ou verdade, não pode ser resolvida por recurso à razão, a qual tem por função apenas conhecer, e não querer, sendo o aspecto volitivo, essencialmente emocional, o determinante na hierarquização dos valores. Essa postura de Kelsen é denominada relativismo axiológico, ou filosófico, e consiste, efetivamente, na negação da possibilidade de uma teoria racional da justiça. Isso não significa, entretanto, que a adoção de certos valores por indivíduos ou comunidades seja algo arbitrário e solipsista, como se cada indivíduo possuísse seu próprio sistema de valores. A bem da verdade, o surgimento de valores é um fenômeno social, e está ligado às pressões que os indivíduos exercem historicamente uns sobre os outros nos diversos contextos sociais e econômicos em que se encontram, e atendem à necessidade humana de justificação do comportamento (KELSEN, 2001, p. 1-25).

A identificação da oposição entre absolutismo filosófico e relativismo filosófico, por sua vez, não se mostra relevante apenas no âmbito da epistemologia. Mais que isso, Kelsen afirma que essa oposição é de fundamental importância também para a ciência política, eis que há uma correlação entre o absolutismo filosófico e a autocracia, de um lado, e o relativismo filosófico e a democracia, de outro.

1.3. Democracia como um relativismo político.

Assim, essas duas diferentes posturas – a negação ou a afirmação de valores absolutos alcançáveis racionalmente ou mediante revelação – dão ensejo a duas formas distintas de decidir sobre como o conteúdo do direito positivo deve ser preenchido.

Ora, se há uma verdade absoluta, e valores absolutos, revelados a alguns poucos escolhidos, ou descobertas por alguns notáveis, por que razão seria preferível que uma maioria de ignorantes se assenhorasse dos destinos políticos da comunidade, somente pelo fato meramente numérico de ser maioria? Não seria legítimo que um autocrata, um rei-filósofo, ou coisa do gênero, que detenha esse acesso ao conhecimento absoluto da Justiça ditasse as regras? Concordando com esta mentalidade, de caráter racionalista, são listados Platão, Aristóteles, São Tomás de Aquino, Dante Alighieri e Hegel. Ainda, Kelsen chama essa corrente de pensamento de totalitarismo epistemológico (KELSEN, 2000, p. 350).

No outro extremo, o relativismo filosófico, de caráter cético e empirista, nega a existência do absoluto afirmando que a realidade só existe no interior do conhecimento humano, sendo relativa, portanto, ao sujeito cognoscente. Essa posição também pode ser denominada de

epistemologia relativista e, tal como defendido por Kant, interpreta o processo cognitivo como sendo a criação de seu objeto, pressupondo a liberdade do sujeito cognoscente. Tal liberdade, para que não descambe no pluralismo – existência de tantas realidades quanto sujeitos cognoscentes – ou no solipsismo – negação de qualquer realidade externa ao sujeito cognoscente – precisa ser equilibrada pela suposição da igualdade entre os sujeitos cognoscentes, o que implica a igualdade em seus processos cognitivos.

A repercussão dessa epistemologia relativista no plano político é, pois, que a existência de múltiplas visões de mundo e de valores é fato inexorável da experiência humana, e o único sistema político que não só tolera essa diversidade, mas como a pressupõe é a Democracia. A tolerância aparece, então, como um valor fundamental da Democracia, e intimamente ligado ao relativismo filosófico. E da mesma forma que a epistemologia relativista está calcada na liberdade e na igualdade dos sujeitos cognoscentes, a Democracia tem na sua base a síntese entre os princípios da liberdade e da igualdade.

Ao discorrer sobre a liberdade, Kelsen chama atenção para uma metamorfose nesse conceito. O ponto de partida para a compreensão da ideia de liberdade é a negação, pelo indivíduo, de qualquer ordem social. Ao se considerar igual aos seus semelhantes, ele rejeita submeter-se à vontade alheia, ainda que esta vontade provenha do ente estatal. Nesse sentido, o indivíduo, para ser livre, não deve submeter-se a qualquer vontade alheia, mas apenas à sua própria.

Essa ideia, entretanto, não pode ter lugar numa ordem coercitiva da conduta humana, vez que representa sua própria negação. Para adaptá-la ao convívio social, portanto, Kelsen afirma ser preciso que a ideia de liberdade do indivíduo em relação ao domínio do Estado transfigure-se em participação do indivíduo no poder do Estado, isto é, em autodeterminação: liberdade em sentido político. O princípio da autodeterminação, para ser concretizado, exige que o indivíduo possa tomar parte na formação da vontade estatal, e isso ocorre através do princípio do voto majoritário.

Nesse sentido, o princípio do voto majoritário ou princípio da maioria, mais especificamente a maioria absoluta, para Kelsen, corresponde à maior aproximação possível ao ideal de liberdade, já que "a ideia que subjaz ao princípio da maioria é de que a ordem social estará em conformidade com o maior número de sujeitos possível e em desacordo com o menor número possível" (KELSEN, 2000, p. 179). E é no princípio da maioria, portanto, que observamos a associação do ideal de liberdade com o de igualdade, sendo que a realização do primeiro pressupõe a aceitação do último, na medida em que reconhece a todos os indivíduos o mesmo

valor político e a mesma pretensão de que a ordem social seja estabelecida de acordo com sua vontade.

O princípio da maioria, por sua vez, pressupõe o resguardo da minoria, pois não seria possível falar em maioria sem minoria, haveria unanimidade. Daí resulta a importância dos direitos fundamentais, para se garantir a possibilidade de existência da minoria e, dessa forma, tornar viável que, eventualmente, seja alçada à maioria. Isso demonstra que, na Democracia, as diferentes concepções de valores são toleradas e, se num momento determinada concepção é minoritária, futuramente poderá ser majoritária e vir a integrar o conteúdo da ordem social. Daí a afirmação de Kelsen de que a Democracia é um relativismo político.

E é tendo em vista a relevância do relativismo filosófico no pensamento kelseniano que Richard Posner chega a afirmar, de forma acurada, que "a defesa da democracia por Kelsen é fruto do projeto puramente negativo de refutar o platonismo" (POSNER, 2010, p. 81), representando-se na figura dessa última proposta político-filosófica o modelo por excelência de totalitarismo epistemológico.

Nesse quadro, a instituição do Parlamento aparece como sendo o órgão da comunidade política capaz de conferir visibilidade às diversas visões de mundo, bem como de agregá-las ou conciliá-las. Assim, na moderna Democracia, de caráter indireto – não obstante se faça presente também diversos institutos de Democracia direta, a exemplo do referendo popular –, a formação da vontade do Estado se dá principalmente através da instituição do Parlamento, órgão colegial eleito pelo povo, isto é, pelos titulares ativos dos direitos políticos que os exerceram através do processo eleitoral, e é integrado pelos assim chamados "representantes do povo".

Uma crítica que se costuma dirigir a essa instituição, no entanto, cinge-se à negação do caráter democrático do Parlamento em razão de a "representação" ser, em verdade, apenas uma ficção. Nesse ponto Kelsen admite que, de fato, a representação é uma ficção que busca apenas legitimar a instituição parlamentar sob a perspectiva da soberania popular. Realmente, a formação da vontade estatal por via indireta, mediante o Parlamento, em vez de pela via direta, sobretudo quando se tem em vistas que os parlamentares não podem receber instruções de caráter vinculante de seus eleitores, é mais uma concessão, um amesquinhamento, do ideal de liberdade política, consistindo verdadeiramente numa declaração de independência do Parlamento em relação ao povo.

Essa crítica, entretanto, desconsidera que, em sociedades complexas como as modernas, não é possível abdicar de técnicas sociais eficientes para o trato da vida comum como o princípio da divisão do trabalho, tal qual o exercício de uma Democracia direta requereria. Em decorrência disso, vemos que a legitimação do Parlamento não precisa se dar exclusivamente com recurso ao ideal de liberdade política, expresso na ficção da "representação", sendo mais coerente, no pensamento kelseniano (KELSEN, 2000, p. 45), explicá-la como uma conciliação entre a ideia de autodeterminação, expressa na escolha dos representantes pelo sufrágio universal, igualitário e periódico, de um lado, e o princípio da distribuição do trabalho, condição essencial do progresso técnico-social, de outro.

Além disso, ao discorrer sobre o papel que historicamente os Parlamentos têm desempenhado, Kelsen observa que "todo o procedimento parlamentar, com sua técnica dialético-contraditória, baseada em discursos e réplicas, em argumentos e contra-argumentos, tende a chegar a um compromisso" (KELSEN, 2000, p. 70). Nessa toada, o autor entende que a instituição parlamentar, ao organizar os indivíduos em maioria e minoria, cria um meio-termo entre interesses opostos, acomodando antagonismos, e transformando a tese e a antítese dos interesses políticos numa síntese. Esse modelo político, vale repisar, só pode se sustentar mediante a proteção das minorias frente às maiorias, fazendo sobressair o papel dos direitos e liberdades fundamentais, cujo rol "se transforma, de instrumento de proteção do indivíduo contra o Estado, em instrumento de proteção da minoria – de uma minoria qualificada – contra a maioria puramente absoluta" (KELSEN, 2000, p. 68). Não é por outra razão que se afirma que a função política da constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder (KELSEN, 2013, p. 240).

O devido cumprimento dessa função que Kelsen reconhece à constituição de uma ordem jurídica democrática, isto é, a limitação do Poder pelo Direito e o asseguramento das liberdades e garantias das minorias, pressupõe um órgão da comunidade política apto para realizar essa tarefa. E se, por um lado, o Parlamento aparece como sendo o órgão, por excelência, mais capaz de expressar a vontade da maioria, o mesmo não pode ser dito quanto à sua capacidade de frear certos excessos seus que poderiam pôr em risco os direitos das minorias, pois nesse caso se faria juiz de si mesmo.

O controle da observância desses limites, vale dizer, a guarda da constituição ante a alegação de seu descumprimento por parte dos poderes políticos, em especial pelo Parlamento, não poderia, portanto, ficar a cargo justamente dos órgãos a serem controlados. Para resolver esse impasse, Kelsen postula a criação de um Tribunal Constitucional, que exerceria um papel de

legislador negativo, retirando do ordenamento jurídico as normas que julgasse inconstitucionais, seja porque consistentes em leis promulgadas em desacordo com os ritos prescritos pela norma fundamental, seja porque há conflito entre seu conteúdo e o da constituição.

1.4. O papel da Jurisdição Constitucional para Hans Kelsen.

Chamado de modelo austríaco, ou concentrado, de controle de constitucionalidade, o Tribunal Constitucional, distintamente do modelo americano ou difuso de controle, possuiria a vantagem de evitar decisões contraditórias, conferindo eficácia uniforme às suas decisões. Bem assim, evitar-se-ia a proliferação de demandas individuais e a incerteza jurídica, por permitir a impugnação em abstrato dos dispositivos normativos a serem controlados.

A respeito desse modelo de Tribunal Constitucional, uma ponderação importante deve ser feita. No que se refere às críticas de violação do princípio da separação dos Poderes, Kelsen responde que, em verdade, tal tribunal exerce uma função efetivamente legislativa, e não jurisdicional, pois que as normas por ele criadas têm caráter geral, e não individual. Sendo então um órgão do Poder Legislativo, mesmo que organizado sob a forma de tribunal e assegurando-se a independência de seus membros, sua atividade poderia ser interpretada como a repartição de poder legislativo em dois órgãos, e a independência do mesmo frente ao legislador positivo seria, então, não uma contradição com o princípio da separação dos poderes, mas sua afirmação.

Diante do que até aqui foi exposto, podemos concluir que, no pensamento de Kelsen, ao desempenhar o papel de guardião da constituição, e em particular dos direitos e liberdades fundamentais, o Tribunal Constitucional atua como defensor das minorias, cuja existência, como já visto, é verdadeiro pressuposto da Democracia, a qual, por sua vez, é chamada por Kelsen de relativismo político, diante do fato de, partindo do princípio da tolerância, abraçar a possibilidade de múltiplas visões de mundo, com a coexistência de múltiplos valores, os quais não podem ser racionalmente hierarquizados, dada sua natureza subjetiva e emocional. Assim, a atuação da Jurisdição Constitucional no sentido de dar efetividade aos direitos e liberdades fundamentais o coloca na posição de garante não só da Constituição, mas também da própria Democracia, que, enquanto relativismo político, exige a proteção das minorias.

Ocorre que, nos diversos catálogos de direitos e liberdades fundamentais, as constituições por vezes enunciam palavras demasiadamente vagas como equidade, justiça, liberdade, moralidade, igualdade, etc., sem, entretanto, delimitar o sentido dos termos. A respeito desses

termos, Kelsen afirma que, na seara da jurisdição constitucional, eles podem desempenhar um papel extremamente perigoso. É que, ao se pronunciar sobre a constitucionalidade de determinada lei, se o Tribunal Constitucional entender por anulá-la por "ser injusta", e portanto violar o mandamento constitucional de observância da Justiça, ou qualquer outro termo assemelhado, "a força do tribunal seria tal que deveria ser considerada simplesmente insuportável" (KELSEN, 2013, p. 169). Prossegue o autor afirmando que "a concepção que a maioria dos juízes desse tribunal tivesse de justiça poderia estar em total oposição com a da maioria da população, e o estaria evidentemente com maioria do Parlamento, que votou a lei" (KELSEN, 2013, p. 169).

Kelsen reputa esse fenômeno um deslocamento de poder totalmente contra-indicado, sob o ponto de vista político, do Parlamento para o Tribunal Constitucional. A esse mal, entretanto, fornece como remédio apenas a sugestão de precisão na escolha dos vocábulos de que se valem as constituições.

Em conclusão, é de se observar, portanto, que certos usos que podem ser feitos, pelo Tribunal Constitucional, desses termos vagos, podem representar, eventualmente, a negação de sua razão de ser, que de acordo com as premissas kelsenianas, deita suas raízes profundas no relativismo filosófico. É importante notar que essa crítica de Kelsen ao referido "deslocamento de poder" do Parlamento para o Tribunal Constitucional é feita sob uma perspectiva "política", isto é, considerando o valor a que o autor atribui ao Parlamento como instituição garantidora do princípio da liberdade, ou melhor dizendo: autodeterminação, e que é instrumentalizado por meio do sufrágio universal.

Sob uma perspectiva da Teoria Pura do Direito, por outro lado, Kelsen enxerga na atividade de interpretação autêntica – aquela realizada pelas autoridades competentes – um misto de ato de conhecimento com ato de vontade, consagrando assim a discricionariedade judicial como um elemento inexpurgável do Direito. Por isso, a pretensão de cientificidade da Teoria Pura do Direito descamba na negação da possibilidade de o conhecimento racional fornecer um método de interpretação capaz de alcançar uma única resposta correta, limitando-se a expor as interpretações possíveis, dado que muitas vezes os fatores determinantes para a escolha do sentido a ser fixado para a norma aplicanda são de caráter metajurídico.

2. UMA JURISDIÇÃO ILUMINISTA.

Se, por um lado, Kelsen considerava, sob uma perspectiva política, a discricionariedade da jurisdição constitucional quando da interpretação de expressões da constituição com conteúdo

vago ou aberto a exemplo de “justiça”, “liberdade” e “moralidade” como sendo algo extremamente perigoso, considerando que esse fenômeno poderia acarretar deslocamento de poder inadequado do Parlamento para o Tribunal Constitucional, tamanha desconfiança é apresentada por muitos autores como sendo algo que não mais se justifica, dadas as transformações pelas quais passou o Direito, e a cultura jurídica e política em geral, a partir de meados do século passado.

A esse respeito, passamos a discutir, agora, tese defendida pelo professor de Direito Constitucional e ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, o qual atribui à jurisdição constitucional essencialmente três funções: contramajoritária, representativa e iluminista.

2.1. Análise dos pressupostos teóricos para a legitimação da Razão sem Voto.

O ponto de partido para a fundamentação dessa visão é o reconhecimento das profundas alterações ocorridas no desenho das democracias ocidentais após o final da Segunda Guerra Mundial, a começar pela Europa Continental, com a criação de diversos Tribunais Constitucionais, que passaram a assumir um papel político cada vez maior.

Conjuntamente com a ascensão da Jurisdição Constitucional, operaram-se profundas transformações na retórica jurídica, jurisprudencial e doutrinária, no sentido de se produzir um discurso legitimador dessa nova realidade institucional, o que pode ser observado na centralização da figura da constituição no ordenamento jurídico como elemento irradiador de princípios para seus mais diversos ramos, os quais deveriam passar a ser lidos sob a ótica da mesma. Esse fenômeno tem sido identificado como o “efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico” (BARROSO, 2015, p. 28). Surge, assim, a nova hermenêutica constitucional, corolário da passagem do Estado Legislativo de Direito, produto do século XIX, para o Estado Constitucional de Direito, do século XX.

Esse novo modelo, denominado neoconstitucionalismo, adota como marco filosófico a “superação do positivismo jurídico”, abandonando a profunda separação metodológica proposta por Kelsen entre a ciência jurídica e outros ramos do conhecimento, sobretudo a filosofia moral e a filosofia política, para, então, empreender uma “leitura moral da constituição de das leis” (BARROSO, 2015, p. 30), tomando o Direito positivo como ponto de largada, mas percorrendo um caminho permeado por valores éticos, os quais têm como

porta de entrada para o Direito os princípios jurídicos (em oposição às regras), com sua textura aberta, em especial os direitos e garantias fundamentais.

É importante mencionar aqui que essa "superação do positivismo", muito embora pretendida por vários intelectuais de peso, como Barroso, está longe de ser um fato consumado no debate acadêmico, razão pela qual Rubens Glezer (VIEIRA; GLEZER, 2017, p. 143) prefere falar em "antipositivismo" ao se referir aos autores que defendem essa aproximação do Direito com a Moral. Por esse "novo paradigma", a argumentação jurídica é elevada a elemento legitimador da atuação jurisdicional, havendo a "revalorização da razão prática" (BARROSO, 2015, p. 29) (que se distingue da razão teórica por não possuir caráter meramente cognitivo), mediante a qual se busca fundamentar racionalmente padrões de conduta humana.

Acreditando apenas na razão teórica, de outro lado, o positivismo jurídico normativista parte da premissa do relativismo axiológico (KELSEN, 1998a, p. 69-70), pois uma vez que não se reconhece a qualquer princípio de justiça valor objetivo, havendo, em vez disso, coexistência entre diversas normas morais com pretensão de validade, mas que, em última análise, revelam apenas juízos de valor subjetivos, de origem emocional – ainda que surgidos a partir de um contexto histórico e social – , não seria possível fundamentar o direito posto por meio de quaisquer desses valores. Assim, considera-se a elaboração das normas como atos de vontade, mesmo que presente também, em algum grau, atividade cognitiva. Por isso, o positivismo normativista refuta a possibilidade de a ciência jurídica fazer mais do que apenas descrever seu objeto, elencando as diversas interpretações possíveis que a fórmula verbal escolhida pelo órgão que pôs a norma pode dar ensejo.

Afastando-se dessa concepção, e pautando-se na possibilidade de uma razão prática portanto, o neoconstitucionalismo, antipositivista, pretende reaproximar o Direito da Moral mediante uma argumentação racional, calcada em princípios constitucionais. Dentre os motivos para essa alteração paradigmática, Barroso destaca o fato de que a sociedade moderna é cada vez mais heterogênea e complexa, não sendo possível, para o Legislador, estabelecer de antemão todas as respostas aos problemas jurídicos a serem formulados. Em razão disso, tem sido comum nas constituições mais recentes o "recurso a normas de textura aberta, cujo sentido concreto somente poderá ser estabelecido em interação com os fatos subjacentes" (BARROSO, 2015, p. 31), demonstrando haver intencional transferência de poder decisório por parte dos constituintes e legisladores em geral para as cortes que exercem Jurisdição Constitucional.

Para essa visão sobre a atuação judicial, portanto, "o que o juiz faz, de verdade, é colher no sistema jurídico o fundamento normativo que servirá de fio condutor do seu argumento" (BARROSO, 2015, p. 32), desse modo, afirma o autor em comento que se trata "de um trabalho de construção de sentido, e não de invenção de um Direito novo" (BARROSO, 2015, p. 32).

Como dito acima, a valorização da razão prática como sendo apta a fundamentar argumentativamente o processo decisório aproximou o Direito da Moral. Mais do que isso, essa perspectiva ressignificou o sentido da discricionariedade judicial. Enquanto Kelsen defendia a existência de diversas alternativas possíveis dentro da moldura fornecida pela textualidade normativa, a abordagem antipositivista afirma ser possível chegar-se à resposta correta. Acerca disso, Barroso entende que cabe ao juiz constitucional preencher a textura aberta dos princípios constitucionais com suas próprias valorações, desde que o faça de forma fundamentada. Tais valorações, entretanto, não podem significar impor suas próprias vontades políticas, mas ser meio de captação dos sentimentos sociais, do espírito de sua época (BARROSO, 2015, p. 33).

Nesse contexto, a única resposta correta deixa de ser compreendida em termos objetivos, a exigir uma aceitação universal, e passa a ter o caráter subjetivo, sendo a única resposta subjetivamente correta, pretendendo a aceitação por parte de seu auditório. Isso se justificaria porque "um intérprete judicial jamais poderá chegar ao final do exame de uma questão e afirmar que não há uma solução própria para ela. Vale dizer: não pode dizer que há empate, que tanto faz um resultado ou outro (...)" (BARROSO, 2015, p. 35). Terá de haver, necessariamente, uma decisão que põe fim à indeterminação do direito para o caso em análise. Ao decidir, entretanto, o juiz tem deveres de integridade e coerência, levando em consideração os precedentes judiciais e suas próprias decisões anteriores.

Ao analisar de perto a argumentação de Barroso, entretanto, salta aos olhos a mudança operada no conceito de "resposta correta", que sai de um plano objetivo e passa a um plano subjetivo (a "única resposta subjetivamente correta"). Longe de ser apenas um pormenor, esse elemento desloca a legitimação do voto judicial da racionalidade intrínseca de sua argumentação e a posiciona no ambiente retórico, razão pela qual o autor fala em persuasão do auditório[1].

[1] Conferir a seguinte passagem: "Como esse juiz se tornou coparticipante da criação do Direito, a legitimação da sua decisão passará para a argumentação jurídica, para sua capacidade de demonstrar a racionalidade, a justiça e a adequação constitucional da solução que construiu. Surge, nessa perspectiva, o conceito interessante de

Além disso, no momento em que a correição da resposta desenvolvida é colocada como algo de caráter subjetivo, isto é, a resposta subjetivamente correta de que fala Barroso, retornamos ao relativismo axiológico defendido por Kelsen e pelos positivistas em geral. Confira-se o que disse Barroso (2015, p. 35) a respeito:

> Onde está a verdade? O fato inegável é que, mesmo quem se oponha ao relativismo moral e reconheça a existência de um núcleo essencial do bem, do correto e do justo, há de admitir que nem sempre a verdade se apresenta objetivamente clara, capaz de iluminar a todos indistintamente. Dependendo de onde se encontre o intérprete, do seu ponto de observação, será noite ou será dia, haverá sol ou haverá sombra.

Como visto na seção 2 deste artigo, é justamente essa abordagem epistemológica que caracteriza o relativismo axiológico e a consequência disso é que, para questões morais, não é possível uma resposta objetivamente correta, mas apenas respostas subjetivamente corretas.

Pelo exposto, conclui-se que a argumentação de Barroso, por mais que incorpore todo um arcabouço teórico das mais diversas áreas da doutrina antipositivista, como Alexy, Dworkin e Perelman, no intuito de chancelar com a pecha de racional a atividade da Jurisdição Constitucional, não se desvencilhou e nem refutou a tese central do relativismo moral, pelo contrário, abraçou-a ao afirmar que a única resposta correta é a subjetivamente correta, razão pela qual não há que se falar em qualquer "superação" do positivismo em sua digressão teórica.

Interessante notar, a esse respeito, que o professor Rubens Glezer afirma, em artigo que aponta o positivismo inconsciente de Barroso (VIEIRA; GLEZER, 2017, p. 160), que as ideias do mesmo mais se coadunam com formas de positivismo jurídico defendidas por Joseph Raz e Stanley Fish, havendo incompatibilidade entre a negação por Barroso da tese da resposta objetivamente correta e a sustentação que professa dos chamados "deveres de integridade" aos quais se refere Dworkin.

2.2. Os papéis do Supremo Tribunal Federal e a dificuldade contramajoritária.

Firmadas essas premissas, cabe, agora, entrar na questão específica acerca das funções assinaladas por Luís Roberto Barroso para a Jurisdição Constitucional.

A primeira delas – contramajoritária – refere-se ao papel tradicionalmente reconhecido pela doutrina, anterior ao movimento neoconstitucionalista, de opor-se a Jurisdição Constitucional ao resultado do processo legislativo, o qual se reputa o principal instrumento de formação de

---

auditório. A legitimidade da decisão vai depender da capacidade de o intérprete convencer o auditório a que se dirige de que aquela é a solução correta e justa." Pg. 32 de A razão sem voto.

consenso democrático para o estabelecimento da vontade estatal. Essa função do controle de constitucionalidade se justifica por ser o modo institucional de se realizar a pretensão de submissão da Política ao Direito, que subjaz ao constitucionalismo em geral.

Assim, o papel contramajoritário da jurisdição constitucional tem como escopo sobretudo a proteção dos direitos e garantias fundamentais, impedindo que a democracia se torne uma ditadura da maioria em desfavor da minoria.

Barroso menciona, em artigo publicado na Revista Brasileira de Políticas Públicas (BARROSO, 2015), que este papel tem sido desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal com parcimônia, buscando embasar essa afirmação aludindo a levantamento da Secretaria de Gestão Estratégica da Corte a que se atribui o relato de ter sido identificado que desde o ano de 1988 houve a declaração de inconstitucionalidade de somente 93 dispositivos de Lei Federal, sendo que no mesmo período foram publicadas 5.379 Leis Ordinárias Federais e 88 Leis Complementares. Aduz, ainda, que, em casos emblemáticos em que ocorreu a judicialização de decisões políticas, o Tribunal tem se mostrado autocontido, a exemplo da ADI contra dispositivo legal que autorizava as pesquisas com células-tronco embrionárias, da ADPF questionando a lei que previa ações afirmativas em favor de negros no acesso a universidades e da ação popular que impugnou o decreto presidencial de demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

No que se refere ao papel representativo, por outro lado, o autor em comento apresenta um STF com perfil mais arrojado. O delineamento dessa função passa por um diagnóstico negativo quanto a capacidade de a democracia representativa efetivamente entregar o que promete, isto é, a prevalência da vontade da maioria. Assim, fala-se em "déficit de representação" em situações em que, por exemplo, a maioria congressual não consegue se articular para fazer valer pretensões majoritárias na sociedade – possivelmente obstruída pela minoria – ou, ainda, quando o Parlamento age movido por interesses próprios distintos do da população, e também interesses de certos grupos influentes.

Exemplificando a atuação representativa do Supremo Tribunal Federal, Barroso cita a ADC nº 12, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, em que se declarou a constitucionalidade da Resolução nº 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que impede o emprego, nos tribunais, de cônjuges, companheiros e parentes de magistrados, se estes não forem aprovados em concurso público. No dia seguinte, diante deste e de outros precedentes, editou-se a súmula vinculante nº 13, estendendo os efeitos da declaração aos outros poderes, de todas as esferas da Federação, incluindo-se a Administração Pública direta e indireta.

Noutros exemplos, dessa vez na seara do Direito Eleitoral, a Corte procurou corrigir fatores considerados disfuncionais do processo político. Assim, no Mandado de Segurança nº 26.604, Rel. Min. Cármen Lúcia, determinou-se a perda do mandato de deputado federal em caso de desligamento voluntário do partido pelo qual se deu a eleição, considerando esse ato incompatível com o sistema proporcional, de lista aberta, e uninominal que vigora para a eleição de deputados no Brasil, mesmo que essa situação não se enquadre nas hipóteses de cassação do mandato prevista no art. 55 da CF, assistindo ao partido político o direito ao número de cadeiras conquistado na eleição. Já na ADI nº 4.650, rel. Min. Luiz Fux, o STF, com base nos princípios democrático, do pluralismo político e da igualdade política, declarou a inconstitucionalidade de dispositivos e normas da legislação eleitoral que autorizavam a doação de pessoas jurídicas para campanhas, sob o argumento de que esse fator denota um agir estratégico do poder econômico com o objetivo de capturar o poder político, levando a uma plutocratização do processo político.

Nestes casos, Barroso entende que a Corte não age numa função propriamente contramajoritária, mas sim contrarrepresentativa, pois assume a função de representante argumentativa da sociedade, em oposição aos seus representantes eleitos, possuindo uma legitimação discursiva, partindo-se da premissa de que "pessoas racionais são capazes de aceitar argumentos sólidos e corretos" (BARROSO, 2015, p. 41). Assim, o neoconstitucionalismo propõe a institucionalização da razão, na forma de razão prática, a legitimar uma atividade expansiva da Jurisdição Constitucional.

Para além dos papéis contramajoritário e representativo, Barroso defende o que ele chama de "papel iluminista" da Jurisdição Constitucional. Ao invocar o Iluminismo, o referido autor tem em mente "uma ideia associada à razão humanista, a direitos inalienáveis da condição humana, à tolerância, ao conhecimento científico, à separação entre Estado e religião e ao avanço da história rumo à emancipação intelectual, social e moral das pessoas" (BARROSO, 2018, p. 2209). Assim, o termo "iluminista" vem carregado da ideia de supremacia da razão enquanto instrumento apto para melhorar a sociedade, apontando o caminho na direção do "Bem".

O exercício dessa função, na visão do autor em comento, não se justifica para que os juízes da Suprema Corte simplesmente imponham seus valores, objetivando, pelo contrário, permitir que cada indivíduo viva seus próprios valores, desde que respeitando às convicções alheias.

A constituição aparece, nessa perspectiva, como um documento político que, ao democratizar o Estado e estabelecer limitações ao poder, busca conciliar, de um lado, a vontade da maioria,

e de outro, a razão iluminista. Nesse sentido, "o poder dominante, como regra geral, emana da vontade majoritária e das instituições através das quais ela se manifesta, que são o Legislativo e o Executivo. Vez por outra, no entanto, é preciso acender luzes na escuridão, submeter a vontade à razão" BARROSO, 2018, p. 2210).

Assim, caberia ao Supremo Tribunal Federal, em certas circunstâncias, legitimado por uma racionalidade prática exposta na argumentação de suas decisões, efetivamente empurrar a História na direção do "Bem", ainda que em sentido diverso ao pretendido pelos representantes eleitos pela população, ou por essa mesma população. Exemplificando o agir iluminista do STF, Barroso cita a ADI 4277, Rel. Min. Ayres Britto, em que se determinou a interpretação conforme à Constituição do art. 1723 do Código Civil para excluir da interpretação desse dispositivo qualquer vedação à união estável homoafetiva. Tal interpretação baseou-se nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade (autodeterminação), da intimidade e da vida privada.

Diante do exposto, podemos perceber que a chamada função iluminista da jurisdição constitucional identificada por Barroso representa a crença na razão argumentativa enquanto instrumento de transformação social pela política feita pelas Cortes, a ser levada à cabo passando-se ao largo das instituições representativas, e dos próprios representados, num grau muito maior que as outras duas funções: contramajoritária e representativa.

Em aparente negação, portanto, ao ceticismo quanto às potencialidades da razão apresentada por Kelsen, característico do seu relativismo axiológico, Barroso defende expressamente a razão enquanto instrumento hábil para se chegar ao Bem.

Diante do quadro apontado por Barroso quanto à atuação concreta do STF, uma ponderação deve ser feita. No quadro apontado por Barroso, não há qualquer critério para identificar quando o Supremo erra. A atuação judicial ou será autocontida, ou contramajoritária, ou representativa ou, ainda, iluminista. Em momento algum são fornecidos, de forma clara, critérios para identificar eventual avanço do STF para além de suas atribuições. Se a Corte aquiesce com a decisão das autoridades eleitas, afirma-se que foi autocontida. Se decide contra a opinião pública, ela cumpre seu papel contramajoritário. Se decide a favor da opinião pública, mas contra os representantes eleitos, diz-se que exerceu atividade representativa,

como “representante argumentativo da sociedade”. E por fim, se vai contra os Poderes eleitos e contra a opinião pública, exerceu seu papel iluminista de empurrar a História[2].

Assim, nas palavras de Diego Werneck Arguelhes (VIEIRA; GLEZER, 2017, p. 84),

> No limite, mesmo que esse não tenha sido o objetivo de Barroso, “A Razão sem Voto” funciona como um completo manual de instruções das muitas narrativas nas quais um observador sempre pode considerar que o STF tem razão (ainda que sem voto) para ter feito o que fez. O destino do STF é ser legítimo.

Essa crítica à visão de Barroso tem como objetivo chamar a atenção para o fato de que a legitimação irrestrita de qualquer decisão que a Corte venha a tomar está em descompasso com o fato de sua estrutura não ter sido pensada para que captasse os anseios populares, mas para que pudesse ter a independência necessária para colocar limites ao Poder Majoritário quando isso se fizer necessário.

Isso nos remete o conceito de dificuldade contramajoritária, a que se refere BICKEL (1986), para quem o *judicial review* é sempre um vetor que vai na direção contrária ao princípio democrático, mas que se legitima, dentre outros fatores[3], por permitir o desenvolvimento dos princípios jurídicos insculpidos na constituição, através de seus precedentes, de forma independente das alternâncias de Poder ocorridas no legislativo e no executivo, e portanto tendo condições de fazer o que os outros ramos do Poder, seja em razão da forma de ingresso nos cargos, seja em razão do caráter temporário dos mesmos, não são capazes de fazer.

Essa “dificuldade contramajoritária”, longe de ser uma falha nos sistemas democráticos de governo é um de seus elementos estruturantes, propiciando uma tensão salutar entre votos e razões. Nesse sentido, confira-se mais uma vez as palavras de Arguelhes (VIEIRA; GLEZER, 2017, p. 95):

> Vale refletir sobre a escolha de palavras de Bickel: dificuldade contramajoritária. Em uma interpretação possível, “dificuldade” não é um problema a ser resolvido, mas sim uma propriedade inconveniente da atuação judicial que apresenta desafios permanentes – uma sombra potencial que paira sobre a instituição sempre que seu poder é exercido. Há certos problema em uma democracia que não são solúveis, e este é um deles.

CONCLUSÕES

[2] Nesse sentido, vale a pena conferir o artigo de Diego Werneck Arguelhes, “o Supremo que não erra”, constante da obra já referenciada organizada por VIEIRA e GLEZER (2017, p. 81-107).
[3] Confira-se o primeiro capítulo de The Least Dangerous Branch (BICKEL, 1986).

A ascensão da Jurisdição Constitucional a um papel de destaque no contexto das democracias contemporâneas é um fato incontroverso, estando espalhada pelo mundo com as mais diversas configurações, seja em Cortes Constitucionais ou Supremas Cortes.

No Brasil, esse papel é desempenhado, sobretudo, pelo Supremo Tribunal Federal, seja mediante controle de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público perante casos concretos, ou ainda, através do julgamento em abstrato da constitucionalidade de normas e textos normativos, possuindo, desse modo, um perfil misto.

No intuito de problematizar as funções desempenhadas por esse órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, em especial, e pela jurisdição constitucional, em geral, buscamos apresentar a visão kelseniana sobre a Democracia, como sendo um relativismo político, para, a partir daí, tentar compreender eventuais tensões internas ao modelo estatal contemporâneo, chamado de estado constitucional de direito. A tensão pode ser vislumbrada no choque entre a vontade majoritária, de um lado, e a razão prática, de outro. Ou melhor: entre os poderes eleitos e o Supremo Tribunal Federal, para ficarmos no caso brasileiro.

Ao recordar as contribuições de Kelsen para o pensamento político, vislumbramos que na base dessa tensão podem ser identificadas duas concepções antagônicas do mundo: o relativismo filosófico e o absolutismo filosófico. O relativismo filosófico, como já bem explanado, materializa-se sobretudo na figura do Parlamento, onde o que prevalece é a vontade da maioria de seus membros, os quais são havidos como representantes do povo. A vontade estatal, desse modo, constitui-se, não por uma concepção do que seja o Bem para além dos interesses dos envolvidos no processo político, mas pela conciliação desses mesmos interesses.

O modo de decidir dos Tribunais, por outro lado, principalmente com a moderna valorização dos princípios jurídicos, com sua textura aberta, pode acarretar o que Kelsen temia: um deslocamento de poder do Parlamento para o Tribunal Constitucional, o qual decidiria recorrendo à razão prática, acabando por escancarar, entretanto, uma abertura para o absolutismo filosófico no seio da Democracia, com sua inerente vocação para a busca de valores absolutos, e que transcendem o caráter mundano do embate político eleitoral.

A história do constitucionalismo parece demonstrar, entretanto, que esses aspectos antagônicos, longe de desaguarem no sacrifício de um a bem do outro, fundem-se no moderno estado constitucional de direito.

Assim, vemos que o modelo de Estado Constitucional que modernamente se apresenta internaliza, em si, a perene contradição entre vontade e razão, entre os interesses da maioria e os limites ao atendimento desses interesses, que possibilita a preservação da minoria e, assim, a própria existência da democracia, de modo que, se eventualmente democracia e constitucionalismo podem revelar-se conceitos antitéticos, em análise mais detalhada vemos que um só pode subsistir conjuntamente com o outro.

Talvez o próprio texto de Barroso, ao esposar o relativismo axiológico em defesa da resposta subjetivamente correta contra a possibilidade de resposta morais objetivamente corretas, por um lado, mas defender veementemente a atuação das cortes como representantes argumentativas da sociedade, com base na razão prática que ligaria o Direito à Moral, seja um grande símbolo dessa permanente contradição.

Dessa forma, a legitimação discursiva dos Tribunais convive e complementa a legitimação eleitoral dos congressistas e dos chefes do Poder Executivo, relacionamento esse permeado de tensões de diversos matizes. A contradição existente entre o relativismo filosófico e o apelo à razão prática, portanto, longe de ser uma fraqueza desse tipo de sistema político, parece ser parte fundamental de sua arquitetura. Para usar uma expressão do professor Barroso, hoje não se pensa mais a democracia apenas em termos de "votos", mas sim "votos, direitos e razões".

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto***:* o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50.

BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista***:* Os papeis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, volume 9, n. 4, 2018, pg. 2171-2228.

BICKEL, Alexander. **The Last Dangerous Branch**. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. Trad. de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Trad. de Alexandre Krug, Eduardo Brandão, Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão e Sério Sérvulo da Cunha. 3ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

KELSEN, Hans. **O que é Justiça?**. Tradução: Luis Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. Tradução: João Baptista Machado. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Batista Machado. 6ª Edição. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro; Revisão Técnica Francisco Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena (Org.); GLEZER, Rubens Eduardo (Org.). **A razão e o voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.