

Recebido em: 30/08/2023
Aprovado em: 23/10/2023

DOSSIÊ

A CRÍTICA ILUSIONISTA: UMA DEFESA DE 'A RAZÃO SEM VOTO'

*THE ILUSIONIST CRITIQUE: A DEFENSE OF
'REASON WITHOUT VOTE'*

Pedro Rubim Borges Fortes¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. Em Defesa da Vanguarda Iluminista: A Construção Doutrinária de Luís Roberto Barroso. 2. A Ilusão das Críticas: A Política, O Critério e O Ônus. 2.1. Um Erro de Alvo: A Ausência de Defesa da Infallibilidade do Tribunal. 2.2. A Escolha da Régua: Como o Criterialismo Esvazia a Defesa do Positivismo Formalista e Textualista . 2.3. O Ônus da

¹ Professor Adjunto de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Cândido Mendes (UCAM). Doutor em Direito pela Universidade de Oxford, J.S.M. pela Universidade de Stanford, LL.M. pela Universidade de Harvard, Pós-graduado em Meio-Ambiente (M.B.E) pela COPPE-UFRJ, Graduado em Administração pela PUC-RJ e Graduado em Direito pela UFRJ. Promotor de Justiça Titular no Rio de Janeiro e ex-Procurador do Banco Central do Brasil.

Crítica Construtiva: A Apresentação de Alternativas Institucionais. Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente artigo defende a construção doutrinária do Professor Luís Roberto Barroso relativa aos papéis exercidos pelos Tribunais Constitucionais nas sociedades contemporâneas formulados em “A Razão Sem Voto”. São apresentadas de modo sucinto e resumido as opiniões de três críticos. Em primeiro lugar, a crítica formulada por Diego Werneck Arguelhes comete um erro de análise e de diagnóstico, confundindo em última instância os conceitos de legitimação política com a legitimação moral. Em segundo lugar, a crítica formulada por Fernando Leal é marcada uma defesa da dogmática jurídica, mas padece dos defeitos decorrentes do criterialismo. Em terceiro lugar, as críticas formuladas por Conrado Hübner Mendes não cumprem com o ônus de formular alternativas institucionais para sanar os supostos problemas apresentados. Além disso, existe uma tendência ao perfeccionismo na formulação de todas as críticas, o que justifica a ideia de que são as críticas que são ilusionistas ao comparar uma realidade concreta imperfeita com uma visão idealizada perfeita de como a realidade poderia e deveria ser. As críticas formuladas com base nessa perspectiva perfeccionista devem ser consideradas ilusionistas. Minha contribuição para a celebração dos dez anos de exercício de jurisdição constitucional do Ministro Luís Roberto Barroso consiste na apresentação de uma defesa de sua construção doutrinária sobre os papéis do Tribunal Constitucional e uma crítica das críticas ilusionistas formuladas contra “A Razão Sem Voto”.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição Constitucional; Poder Judiciário; Luís Roberto Barroso; Papel Representativo. Contramajoritário. Iluminista. Interpretativismo. Razão.

ABSTRACT: This article defends the doctrinal construction of Professor Luís Roberto Barroso related to the roles played by constitutional courts in contemporary societies formulated in ‘Reason Without Vote’. Opinions of three critics are briefly presented and summarized. First, the criticism formulated by Diego Werneck Arguelhes makes an error of analysis and diagnosis by ultimately conflating concepts of political legitimacy with moral legitimacy. Second, the criticism formulated by Fernando Leal is marked by a by a defense of legal dogmatics and suffers from criterialism. Third, the criticisms made by Conrado Hübner Mendes do not fulfill the burden of formulating institutional alternatives to solve the supposed

problems presented. Moreover, all three criticisms suffer from perfectionism by comparing an imperfect concrete reality with a perfect idealized view of how this reality could and should be. Criticisms based on this perfectionist perspective must be considered illusionists. My contribution to the celebration of Justice Luís Roberto Barroso's ten years of exercise of constitutional jurisdiction consists of presenting a defense of his doctrinal construction on the roles of the constitutional court and a critique of the illusionist critique made against "Reason Without Vote".

KEYWORDS: Judicial Review. Judiciary. Luís Roberto Barroso; Representation. Counter-majoritarian. Illuminist. Interpretivism. Reason.

INTRODUÇÃO

No ano de 2018, quando o Professor Luís Roberto Barroso completaria cinco anos de exercício de jurisdição como Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), o articulista Conrado Hübner Mendes elaborou uma virulenta crítica ao STF, referindo-se ao tribunal como sendo um agente da 'vanguarda ilusionista' em sua coluna publicada no Jornal 'A Folha de São Paulo' de 28 de janeiro (MENDES, 2018). Já na introdução do texto, seu autor critica uma série de decisões e episódios relativos ao STF, afirmando que sua atuação equivaleria a um "folhetim político" e que o tribunal estaria abdicando de seu papel constitucional e atacando o projeto de democracia (MENDES, 2018). O principal argumento do seu texto foi uma crítica frontal à tese do Professor Luís Roberto Barroso de que os Tribunais Constitucionais poderiam exercer o papel de vanguarda iluminista (MENDES, 2018). Conrado Hübner Mendes afirma que tal construção teórica seria o ápice da automistificação do STF, mas que a realidade se revelaria diferente: ao invés de árbitro, o tribunal seria um partícipe da crise política; ao invés de um poder moderador, seria um poder tensionador, que multiplica incertezas e acirra conflitos; ao invés de apagar incêndios, faz-se incendiário (MENDES, 2018). Para ele, as características do ilusionismo seriam formadas pelo seu procedimento decisório e pela sua retórica argumentativa, indicando supostas patologias relativas ao poder individual de seus membros e a um suposto uso arbitrário do tempo decisório (MENDES, 2018). Conrado Hübner Mendes também atribui ao STF responsabilidade por uma suposta insegurança jurídica decorrente de uma falta de previsibilidade decisória e considera que a postura de seus membros teria causado uma perda de credibilidade do Tribunal (MENDES, 2018).

O presente artigo critica essa crítica à construção doutrinária do Professor Luís Roberto Barroso, defendendo sua reflexão teórica sobre o potencial papel do Tribunal Constitucional como um agente de promoção

da vanguarda iluminista (BARROSO, 2017). Nesse sentido, as críticas formuladas por Conrado Hübner Mendes é que são ilusionistas, como será explicado ao longo do presente artigo. Além disso, o presente artigo também defende a tese da vanguarda iluminista diante das críticas de que tal construção doutrinária equivaleria a defender que o Supremo não erra (ARGUELHES, 2017). Finalmente, o presente artigo também defende a posição do Professor Luís Roberto Barroso diante da crítica de que tal construção doutrinária poderia não respeitar os critérios de legitimação das decisões judiciais decorrentes do respeito à dogmática, à forma e à razão (LEAL, 2017; LEAL, 2018). O presente trabalho é original, na medida em que irá acrescentar novos elementos para um importante debate em que tais pontos ainda não foram utilizados para a análise dessa questão na academia jurídica brasileira. O presente trabalho é relevante não somente para contribuir com o *festschrift* comemorativo dos dez anos do Ministro Luís Roberto Barroso no STF, mas também pela contribuição para a defesa do seu papel como intelectual público, renomado acadêmico e referência de magistrado constitucional entre nós.

O presente artigo será organizado da seguinte maneira. Além dessa introdução, uma seção apresentará uma síntese da tese do Professor Luís Roberto Barroso sobre o papel dos Tribunais Constitucionais como um potencial agente de vanguarda iluminista. Em seguida, numa outra seção, as três críticas formuladas respectivamente por Diego Werneck Arguelhes, Fernando Leal e Conrado Hübner Mendes serão apresentadas de forma resumida, com uma análise crítica da própria crítica e uma defesa da tese do Professor Luís Roberto Barroso. Finalmente, o presente artigo se encerra com as considerações finais.

1. EM DEFESA DA VANGUARDA ILUMINISTA: A CONSTRUÇÃO DOUTRINÁRIA DE LUÍS ROBERTO BARROSO

A construção doutrinária do Professor Luís Roberto Barroso é muito bem sintetizada por Oscar Vilhena Vieira nos seguintes termos: além do exercício de sua clássica função contramajoritária inerente ao controle de constitucionalidade das leis, o STF teria passado a exercer uma função representativa e um papel de vanguarda iluminista (VIEIRA, 2017). O próprio Oscar Vilhena Vieira vinha problematizando a tendência de ampliação das competências do STF, a criação de novos instrumentos processuais e a legitimação do acesso de novos atores ao afirmar o protagonismo do Supremo na arena político institucional brasileira através da denominação de ‘supremocracia’ (VIEIRA, 2008). Particularmente no caso do texto de ‘A Razão Sem Voto’, destaca-se a disposição de Luís Roberto Barroso de apresentar uma tese inovadora que se contrapôs aos cânones da

teoria constitucional e a debater de forma aberta e analítica sua visão sobre as operações teóricas, políticas e morais que embasam as decisões do STF atualmente (VIEIRA, 2017). De fato, não é tão comum na academia brasileira que alguém com sua autoridade intelectual como acadêmico e como Ministro do STF esteja disposto a submeter suas ideias ao escrutínio estrito, abrindo a oportunidade para um diálogo sincero, firme e construtivo, inclusive com a formulação de críticas frontais ao argumento principal do texto (VIEIRA, 2017). Merece, assim, todo o aplauso a iniciativa do Professor Luís Roberto Barroso de convidar a comunidade acadêmica para um estimulante diálogo sobre o papel constitucional do Poder Judiciário, especialmente do STF (VIEIRA, 2017).

Em ‘A Razão Sem Voto’, Luís Roberto Barroso relembra a antiga polarização dos seus tempos de estudante entre o pensamento constitucional tradicional, puramente descritivo das instituições e incapaz de reação contra o autoritarismo, e a teoria crítica do direito, que enfatizava o seu caráter ideológico voltado para a dominação política (BARROSO, 2017). Foi justamente nesse contexto que ele pretendeu construir um direito constitucional democrático e buscou desenvolver a efetividade da constituição e de suas normas (BARROSO, 2017). Para ele, o modelo atual seria o neoconstitucionalismo, tendo o pós-positivismo como marco filosófico, o advento da Constituição de 1988 como marco histórico e a força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional como marcos teóricos (BARROSO, 2017).

Com relação à indeterminação do direito e à discricionariedade judicial, Luís Roberto Barroso considera o constitucionalismo democrático como sendo a ideologia vitoriosa do século XX e atribui ao advento de uma cultura jurídica pós-positivista um fator de transformação do direito nas últimas décadas (BARROSO, 2017). Na sua visão, a doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática, pretendendo apresentar uma leitura moral da constituição e das leis através de uma reaproximação entre o direito e a ética (BARROSO, 2017). Referindo-se ao conceito de constituição compromissória adotado por Carl Schmitt para se referir à experiência constitucional da Alemanha durante a república de Weimar, as fronteiras entre direito e política e entre legislação e jurisdição se tornam menos definidas e o juiz emerge mais claramente como um coparticipante da criação do direito (BARROSO, 2017; SCHMITT, 2008). Nesse cenário, a legitimação da decisão passa para a argumentação jurídica, a capacidade de demonstrar sua racionalidade, sua justiça e sua adequação constitucional para o *auditório*, que deve ser convencido de que aquela é a decisão correta e justa (BARROSO, 2017).

Ao se posicionar nos grandes debates da teoria de direito, Luís Roberto Barroso refuta a ideia de Herbert Hart de que a construção argumentativa decorre de discricionariedade judicial para se aproximar mais de uma posição não-positivista, mais próxima da leitura moral da constituição proposta por Ronald Dworkin, com a ressalva de que se afasta da tese de que existiria uma única resposta correta para salientar que mais importante é verificar a força externa da autoridade que tem o poder de proclamar a resposta e afirmar a sua correção (BARROSO, 2017; HART, 2012; DWORKIN, 1977). Nesse contexto, o intérprete constitucional deve buscar a solução correta, justa e constitucionalmente adequada e observar seus deveres de integridade e de coerência, adotando os conceitos aplicáveis do sistema jurídico, os precedentes judiciais e as premissas decorrentes de suas próprias decisões anteriores (BARROSO, 2017).

Na caracterização do exercício da jurisdição constitucional, Luís Roberto Barroso inicia sua análise pelo papel contramajoritário do STF com fundamento na proteção dos direitos fundamentais e na proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos, ecoando a tese Dworkiniana sobre igual respeito e consideração, bem como sobre o tribunal constitucional ser um fórum de princípios e de razão pública (BARROSO, 2017; DWORKIN, 1977). Seu posicionamento é de que o papel contramajoritário da jurisdição constitucional se justifica pela sua legitimidade democrática e inexistente uma superposição plena entre o conceito de democracia e o princípio majoritário (BARROSO, 2017). Além disso, diante de um cenário contemporâneo de crise de representação política, o próprio Poder Judiciário poderia exercer um papel representativo, estando esse efeito democratizador respaldado pela sua independência política, dever de apresentar razões e pela sua legitimação discursiva (BARROSO, 2017). O STF poderia ocupar uma posição de representante argumentativo da sociedade, reconciliando a jurisdição constitucional com a democracia como uma espécie de exercício de representação popular (BARROSO, 2017). Além desse papel representativo, ocasionalmente a corte constitucional poderia exercer o papel iluminista, que seria o “de empurrar a história quando ela emperra”, um poder a ser aplicado em circunstâncias excepcionais e com prudência devido aos riscos para o próprio desenvolvimento da democracia (BARROSO, 2017).

Apesar de todo o cuidado na formulação de sua construção doutrinária e do alerta de que o papel iluminista deve ser exercido com parcimônia, existe uma série de exemplos históricos que evidenciam que se trata de um papel imprescindível para as comunidades políticas contemporâneas, tais como o encerramento da segregação racial nos Estados Unidos, a abolição da pena de morte na África do Sul, a criminalização da negação do holocausto na Alemanha e a proibição da tortura em Israel (BARROSO, 2017). O detalhamento de todos os casos apresentados no direito comparado

e no próprio contexto da constituição brasileira estão além dos limites do presente trabalho, na medida em que o objetivo principal é analisar sua fundamentação teórica e explicar a fragilidade das críticas formuladas por Diego Werneck Arguelles, Fernando Leal e Conrado Hübner Mendes, o que será feito na próxima seção.

Contudo, antes de passar a análise dos seus críticos, é importante ressaltar a ênfase dada por Luís Roberto Barroso à doutrina do diálogo constitucional ou do diálogo institucional, com ênfase na possibilidade de o parlamento adotar uma emenda constitucional que leve à superação de uma interpretação constitucional dada pela corte constitucional, de a própria corte constitucional devolver a matéria ao poder legislativo, ou elaborar um apelo ao legislador (BARROSO, 2017). Essas circunstâncias indicam que o modelo atual não seria de supremacia judicial, na medida em que o STF é o intérprete final, mas não é o dono da Constituição, de modo que “o sentido e o alcance das normas constitucionais são fixados em interação com a sociedade, com os outros poderes e com as instituições em geral” (BARROSO, 2017).

2. A ILUSÃO DAS CRÍTICAS: A POLÍTICA, O CRITÉRIO E O ÔNUS.

A presente seção irá apresentar de modo sucinto e resumido as opiniões de três críticos da construção doutrinária de Luís Roberto Barroso e minha explicação de que não seria a tese da vanguarda iluminista que seria ilusionista, mas sim as próprias críticas que são ilusionistas. Em primeiro lugar, a crítica formulada por Diego Werneck Arguelles comete um erro de análise e de diagnóstico, confundindo em última instância os conceitos de legitimação política com a legitimação moral. Em segundo lugar, a crítica formulada por Fernando Leal é marcada uma defesa da dogmática jurídica, mas padece dos defeitos decorrentes do criterialismo. Em terceiro lugar, as críticas formuladas por Conrado Hübner Mendes não cumprem com o ônus de formular alternativas institucionais para sanar os supostos problemas apresentados. Além disso, existe uma tendência ao perfeccionismo na formulação de todas as críticas, o que justifica a ideia de que são as críticas que são ilusionistas ao comparar uma realidade concreta imperfeita com uma visão idealizada perfeita de como a realidade poderia e deveria ser.

É importante salientar que Luís Roberto Barroso elaborou um posfácio em que poderia ter realizado a crítica dos críticos, mas decidiu simplesmente agradecer pela iniciativa da publicação do livro e postergou a realização de tal empreitada para eventualmente “em algum lugar do futuro”, pretendendo dar ao leitor a liberdade de avaliar de modo dialético as diferentes visões, abdicando da prerrogativa de dar uma última palavra

e de fornecer uma resposta individualizada a todos os questionamentos. (BARROSO, 2017-A). Portanto, o presente artigo colabora para os termos desse debate, analisando com detalhamento os termos das críticas formuladas e indicando alguns problemas das críticas que não foram apontados naquele posfácio, mas que eventualmente podem vir a ser considerados no futuro na defesa de sua construção doutrinária.

2.1. Um Erro de Alvo: A Ausência de Defesa da Infallibilidade do Tribunal

A crítica formulada por Diego Werneck Arguelhes em seu texto intitulado “O Supremo Que Não Erra” apresenta um nítido equívoco na análise da construção teórica de Luís Roberto Barroso e, devido à confusão conceitual da distinção entre legitimação política e legitimação moral, afirma que teria ocorrido uma defesa da infalibilidade do STF que não se verifica em “A Razão Sem Voto”. Diego Werneck Arguelhes afirma que no arranjo teórico de Luís Roberto Barroso a legitimação do STF seria sobredeterminada, o que causaria dois tipos de problemas: em primeiro lugar, incompatibilidades entre as justificativas adotadas para as diferentes formas de atuação do STF; em segundo lugar, certas justificativas estariam em uma posição de tensão com expectativas normativas decorrentes do desenho institucional do tribunal, “cujas decisões são tomadas de forma independente da política” (ARGUELHES, 2017). Para o Professor do INSPER, não seria possível que uma instituição desenhada para decidir sem a pressão popular possa se legitimar por ter aderido à opinião pública, que, em sua visão, seria “fazer o contrário do comportamento que se espera promover com a criação de instituições independentes em uma democracia” (ARGUELHES, 2017).

Diego Werneck Arguelhes considera que o desenho institucional indica as expectativas relativas ao papel que a instituição deve cumprir e que esse papel pode ser múltiplo, mas não poderia ser “tão ampliado a ponto de englobar qualquer tarefa possível” (ARGUELHES, 2017). Na sua visão, uma instituição não poderia ser desenhada de modo a simultaneamente se legitimar por ignorar o clamor popular e por atendê-lo (ARGUELHES, 2017). Nesse sentido, sua crítica à construção doutrinária de Luís Roberto Barroso seria a de que o STF pode acertar “tanto quando é contramajoritário como quando é majoritário”, eis que estaria protegendo direitos fundamentais ao ser contramajoritário e estaria fazendo prevalecer a vontade popular ao ser majoritário (ARGUELHES, 2017). Diego Werneck Arguelhes aprofunda a crítica, salientando que a construção doutrinária de Luís Roberto Barroso teria um problema conceitual, na medida que não permitiria uma análise de certas propriedades da atuação do STF, de modo que nos deixaria sem parâmetros para avaliar se uma determinada decisão seria boa ou ruim

(ARGUELHES, 2017). Tampouco seria possível identificar eventuais erros e excessos de um magistrado constitucional (ARGUELHES, 2017).

O fundamento político para a crítica formulada por Diego Werneck Arguelhes está nos debates federalistas, que serviram como reflexões sobre o projeto da Constituição dos Estados Unidos por ocasião da sua aprovação, sendo que os antifederalistas se preocupavam com a ausência de limites para se evitar excessos e abusos por parte do Poder Judiciário, cujos membros não podem ser responsabilizados politicamente (ARGUELHES, 2017). A defesa federalista foi no sentido de que o Poder Judiciário seria o órgão menos perigoso e que os magistrados constitucionais somente poderiam declarar a inconstitucionalidade de leis que manifestamente contrariassem o texto constitucional, apostando que suas decisões não seriam fundamentadas em concepções abstratas decorrentes do espírito constitucional (ARGUELHES, 2017). O Professor do INSPER extrai desse debate a conclusão de que os magistrados constitucionais possuem garantias de independência judicial para aplicar a Constituição “sem precisar se preocupar com pressões das partes, do governo ou da própria opinião pública” (ARGUELHES, 2017). Por outro lado, esses mesmos mecanismos institucionais que garantem a independência judicial e protegem os magistrados das pressões poderiam levar esses magistrados a decidirem também independente da própria constituição, se assim desejarem (ARGUELHES, 2017). Em sua visão, existiria um risco permanente decorrente da necessidade e do perigo da independência judicial, mas não “existe solução perfeita ou definitiva” (ARGUELHES, 2017).

Diego Werneck Arguelhes apresenta sua leitura de que a ‘dificuldade contramajoritária’ seria “um desafio prático permanente”, devendo a tensão ser aceita como insolúvel e, ainda assim, a atuação do STF será vista como justificada em certas condições e como não justificada em outras condições (ARGUELHES, 2017). Portanto, o problema não seria eliminar a ‘dificuldade contramajoritária’, mas sim de saber quais são as condições em que é justificada a atuação judicial contra decisões políticas majoritárias (ARGUELHES, 2017). A sua conclusão é de que numa democracia certas questões “não deveriam ser resolvidas em última instância por um grupo de sábios não eleitos e que permanecem no cargo por décadas, sem qualquer tipo de *accountability* política” (ARGUELHES, 2017). O Professor do INSPER não defende o fim do controle de constitucionalidade, mas que sejam discutidas as condições nas quais “o uso desse poder é justificado” (ARGUELHES, 2017).

Apesar de “O Supremo que não erra” ser um texto extremamente bem escrito, Diego Werneck Arguelhes comete um erro de análise e de diagnóstico, confundindo em última instância os conceitos de legitimação política com a legitimação moral. É que, em nenhum momento, o Professor Luís Roberto Barroso afirmou que o STF jamais erraria. Aliás, sua estratégia de discussão dos papéis do STF passou inclusive por uma clara alteração dos

termos do debate, buscando se afastar da discussão sobre a correção moral de sua atuação (legitimação moral) para o plano da aquiescência política da sua atuação (legitimação política). Apesar de adotar uma posição interpretativista próxima da leitura moral Dworkiniana, Luís Roberto Barroso ressaltou no texto que seu debate seria formulado não com relação à busca da resposta certa, mas com relação à força externa da autoridade no exercício do poder (BARROSO, 2017; HART, 2012; DWORKIN, 1977).

Nesse sentido, existe um erro na crítica formulada por Diego Werneck Arguelhes ao examinar o texto pela perspectiva da legitimação moral ao invés da perspectiva da legitimação política da atuação do STF. Ao fundir as duas esferas distintas de legitimação, sugere que existiria uma tendência maior à correção no exercício da jurisdição constitucional pelo STF nos casos em que o poder for exercido de forma contramajoritária do que nos casos em que ele for exercido de forma majoritária. Os planos de legitimação política e moral são, contudo, distintos, de modo que o STF pode proferir decisões moralmente certas que sejam politicamente majoritárias e decisões moralmente incorretas que sejam politicamente contramajoritárias. Aliás, o próprio Luís Roberto Barroso indica sucintamente no posfácio que o STF poderá cometer erros tanto quando se posiciona contramajoritariamente, quanto nos casos em que exerce o papel representativo. Importante, a adesão à tese Dworkiniana da leitura moral da constituição e do dever de integridade dos juízes foi feita por Luís Roberto Barroso com a modéstia de ressaltar que os magistrados devem buscar a resposta certa, o que, implicitamente, importa também a admissão de que nem sempre tal resposta será alcançada.

Além disso, como Luís Roberto Barroso deslocou os termos do seu debate sobre os papéis do STF do campo da moral para o campo da política, a legitimação deveria ter sido analisada não mais a partir das dimensões de atuação que seja moralmente certa ou errada, mas de atuação que seja politicamente aceita ou resistida. É que a dificuldade contramajoritária deve ser discutida no terreno do primado da política, isto é, com análise das dinâmicas de poder entre os atores políticos relevantes com relação à atuação do Poder Judiciário, especialmente se existirá aquiescência ou resistência política (HUME, 1875; TEIXEIRA, 1991). Ao apresentar em “A Razão Sem Voto” a categoria de papel ‘representativo’, o Professor Luís Roberto Barroso está contribuindo com os termos do debate sobre legitimação política, ao explicar que significativa parcela das decisões do STF são de caráter majoritário e estão alinhadas com a opinião pública e com as expectativas da maioria dos membros da sociedade política.

Por sua vez, a categoria de papel ‘vanguarda iluminista’ diz respeito a uma posição intermediária em que o papel do STF parece ser facilitar ou viabilizar a aceitação de um determinado direito que até então sofria resistência, de modo a dar um “empurrão na história”. Exemplo pródigo

dessa atuação no Brasil foi justamente o caso do reconhecimento institucional da União homoafetiva, decisão, aliás, citada pelo próprio Luís Roberto Barroso. A sua explicação é precisa: “talvez essa não fosse uma posição majoritária na sociedade, mas a proteção de um direito fundamental à igualdade legitimava a atuação” (BARROSO, 2017). Pela perspectiva da aceitação política, aliás, merece destaque para o processo de legitimação dessa atuação que uma parcela significativa da sociedade possui o viés do *status quo*, posicionando-se conforme a posição oficial com relação a uma determinada questão, o que pode explicar como, em certas circunstâncias, uma decisão judicial marcante pode ser decisiva para facilitar ou viabilizar a aceitação de um determinado direito que até então sofria resistência (KAHNEMAN; KNETSCH; THALER, 1991). Com a decisão, um número significativo de pessoas altera sua opinião quando o órgão de cúpula do Poder Judiciário passa a validar tal união com o *status* de uma família reconhecida juridicamente de modo oficial.

Assim, Luís Roberto Barroso contribuiu de maneira original e relevante para a literatura jurídica nacional sobre a legitimação política da atuação do STF, jamais afirmou em seu texto que o Supremo não erraria e a crítica formulada por Diego Werneck Arguelhes é que erra o seu alvo. Aliás, pelo contrário, “A Razão Sem Voto” afirma, inclusive, que o STF não é o dono da Constituição e faz referências importantes aos diálogos constitucionais e institucionais entre o Poder Judiciário e os demais poderes de Estado (BARROSO, 2017). Portanto, não existe nenhuma defesa da infalibilidade do Tribunal.

2.2. A Escolha da Régua: Como o Criterialismo Esvazia a Defesa do Positivismo Formalista e Textualista

Por sua vez, Fernando Leal formulou uma crítica da racionalidade dos processos de tomada de decisão judicial com base na construção doutrinária formulada por Luís Roberto Barroso (LEAL, 2017). Tal crítica deve ser, contudo, considerada dentro do contexto da defesa do positivismo jurídico formalista e textualista feita pelo Professor da FGV Direito Rio. É que o ponto principal da controvérsia consiste em seu posicionamento de defesa do formalismo jurídico e de uma dogmática jurídica mais tradicional, que contrasta com a perspectiva interpretativista e de defesa do neoconstitucionalismo sustentada por Luís Roberto Barroso (LEAL, 2018). Para Fernando Leal, a defesa do formalismo jurídico é baseada na sua perspectiva de que o processo decisório do STF deveria ser previsível (LEAL, 2018; LEAL, 2018-A).

Em sua crítica à construção doutrinária de Luís Roberto Barroso, Fernando Leal defende a tese de que as decisões judiciais precisam ser formadas através de métodos decisórios aptos conforme condições de racionalidade próprias do direito, sendo passíveis de recondução a elementos do sistema

jurídico que evidenciem que são empreendimentos de construção e não de invenção (LEAL, 2017). Para ele, os métodos de interpretação deveriam ser capazes de conduzir a níveis satisfatórios de previsibilidade com relação às respostas dadas às questões constitucionais controvertidas (LEAL, 2017). Contudo, em sua visão, a adoção do princípio da proporcionalidade pelo STF não reduziria, mas acabaria vindo a aumentar os níveis de indeterminação do direito, radicalizando sua incerteza (LEAL, 2017). O Professor da FGV Direito Rio critica a diluição do texto como o principal limite para a tomada de decisões judiciais, afirmando que ponderação, razoabilidade e dignidade humana seriam referências vagas dos processos de tomada de decisão constitucional que não conduziriam ao desejável controle da discricionariedade e da previsibilidade das decisões judiciais (LEAL, 2017).

Nesse sentido, o problema fundamental da crítica de Fernando Leal é o seu criterialismo, isto é, a definição de um critério para justificar sua concepção de direito, efetuando uma escolha arbitrária por um critério avaliativo que favorece o seu argumento e as suas conclusões, mas que não é compartilhado por todos. Ao definir a redução da incerteza normativa e da suposta falta de previsibilidade decisória como o critério principal para a justificação do processo correto de aplicação do direito, Fernando Leal também define o seu positivismo jurídico formalista e textualista como sendo a concepção adequada de direito. O problema é que se avaliarmos a questão com a régua do formalismo, o formalismo sempre ganha. Tal crítica não é nova, tendo sido adotada com sucesso por Ronald Dworkin para defender seu interpretativismo e criticar o positivismo jurídico Hartiano, também podendo servir para criticar o criterialismo e o positivismo jurídico formalista e textual defendido por Fernando Leal (DWORKIN, 1986; DWORKIN, 2006).

2.3. O Ônus da Crítica Construtiva: A Apresentação de Alternativas Institucionais

Finalmente, devemos enfrentar ainda a crítica formulada por Conrado Hübner Mendes de que a construção doutrinária formulada por Luís Roberto Barroso seria o ápice da automistificação do STF, mas que a realidade se revelaria diferente: ao invés de árbitro, o tribunal seria um partícipe da crise política; ao invés de um poder moderador, seria um poder tensionador, que multiplica incertezas e acirra conflitos; ao invés de apagar incêndios, faz-se incendiário (MENDES, 2018). Sua virulenta crítica de que a atuação do STF equivaleria a um “folhetim político” e que o tribunal estaria abdicando de seu papel constitucional e atacando o projeto de democracia foi também um ataque frontal à tese do Professor Luís Roberto Barroso de que os Tribunais Constitucionais poderiam exercer o papel de vanguarda iluminista

(MENDES, 2018). O Professor da USP criticou o procedimento decisório do STF, sua retórica argumentativa e indicou supostas patologias relativas ao poder individual de seus membros e a um suposto uso arbitrário do tempo decisório (MENDES, 2018). Conrado Hübner Mendes também atribuiu ao STF responsabilidade por uma suposta insegurança jurídica decorrente de uma falta de previsibilidade decisória e considerava que a postura de seus membros teria causado uma perda de credibilidade do Tribunal (MENDES, 2018).

Particularmente no caso da crítica formulada por Conrado Hübner Mendes, existe o problema de que não se trata de uma articulação analítica típica de um artigo acadêmico, mas de uma crítica de caráter sintético ou – conforme a terminologia adotada em suas próprias colunas – de caráter mais ‘impressionista’. A crítica é apenas e tão somente de que tal construção doutrinária seria o “ápice da automistificação”, mas não existe uma análise acadêmica detalhada sobre se o STF teria atuado, de fato, de maneira legítima no caso do reconhecimento institucional da união estável homoafetiva. Ao afirmar que o Tribunal Constitucional poderia eventualmente e excepcionalmente colaborar para “dar um empurrão na história”, Luís Roberto Barroso estava se referindo a casos concretos no Brasil, Estados Unidos, Alemanha, África do Sul e Israel, em que os magistrados constitucionais teriam atuado de modo viabilizar a aceitação de um determinado direito que até então sofria resistência no interior de sua sociedade política. Seria interessante se a crítica do Professor da USP buscasse se engajar com os argumentos apresentados por Luís Roberto Barroso – tal como fizeram Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal – mas isso não aconteceu e parece mais uma figura de retórica – a vanguarda ‘ilusionista’ – do que uma análise crítica.

Além disso, em uma série de entrevistas e de palestras públicas em que Conrado Hübner Mendes tem participado ao longo dos últimos anos, sempre que é perguntado sobre o que deve ser feito e quais seriam as eventuais reformas institucionais ou constitucionais a serem adotadas, ele tem simplesmente se silenciado ou afirmado que a questão diz mais respeito à ética dos magistrados do STF do que propriamente à adoção de alternativas institucionais para os problemas identificados. Contudo, o ônus daquele que critica é justamente o de apresentar alternativas institucionais que podem vir a solucionar os problemas que identifica. Exemplo concreto foi o caso da crítica formulada por Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano sobre a ministrocrazia através do exercício de poder individual pelos Ministros do STF, que veio acompanhada da recomendação de que as decisões de deferimento de medidas liminares deveriam ser imediatamente submetidas para referendo do plenário, de modo a reduzir o poder individual dos magistrados constitucionais em detrimento do colegiado (ARGUELHES;

RIBEIRO, 2018). Nesse sentido, para que a crítica não seja meramente destrutiva e para que seja verdadeiramente construtiva, cabe ao autor da crítica se desincumbir do ônus de apresentar alternativas institucionais consistentes para os problemas que identifica. Sem a identificação de alternativas, a crítica se torna ilusionista.

Além de ser sintética e de não apresentar alternativas, a formulação teórica desenvolvida por Conrado Hübner Mendes sobre as cortes constitucionais e a deliberação democrática foi considerada “elitista” por um dos revisores do trabalho para a Editora da Universidade de Oxford, tendo o próprio professor feito concessões a essa crítica (MENDES, 2013). Além do elitismo, poderíamos também considerar que as patologias de um STF existente e real são comparadas com uma versão abstrata e idealizada de como um tribunal deveria funcionar. As críticas que comparam uma organização real com uma instituição ideal imaginada nos remetem à injustiça das críticas viciadas pelo perfeccionismo. Como explicava Giovanni Sartori, as críticas perfeccionistas são inválidas, porque qualquer socialismo utópico imaginário é melhor do que um liberalismo democrático real, não podendo se comparar uma abstração idealizada com a realidade concreta (SARTORI, 1994).

Aliás, a crítica relativa ao perfeccionismo poderia ser adotada não somente com relação a Conrado Hübner Mendes, mas também com relação a Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal. É que todos os três críticos comparam uma o STF com um tribunal constitucional ideal. Luís Roberto Barroso pode citar o caso do reconhecimento institucional da união homoafetiva como um exemplo concreto de um caso real em que o STF viabilizou a aceitação de um determinado direito que até então sofria resistência, de modo a dar um “empurrão na história”. Por outro lado, Conrado Hübner Mendes, Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal não possuem exemplo concreto para apresentar, estando presos a um paraíso de conceitos imaginários em que se encontra um tribunal constitucional transcendental, perfeito e tão ilusório como as críticas formuladas por eles (COHEN, 1935).

CONCLUSÃO

Por ocasião da publicação desse artigo, cinco anos depois da formulação original de suas críticas, o Professor Luís Roberto Barroso já completou dez anos de exercício de jurisdição como Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) e se tornou o seu Presidente. Apesar de o articulista Conrado Hübner Mendes parecer enfim ter percebido que suas críticas são instrumentalizadas por políticos conservadores como instrumento de ataque à Constituição de 1988 e a direitos fundamentais de caráter progressista, ainda assim ele não reflete criticamente a respeito, insistindo em reafirmá-las como se o Tribunal não se desse o respeito (MENDES, 2023). Em nossa reflexão

conclusiva sobre as críticas atribuídas ao STF em relação à formulação da construção doutrinária de Luís Roberto Barroso, as perspectivas de Diego Werneck Arguelhes, Fernando Leal e Conrado Hübner Mendes indicam respectivamente que o Tribunal deveria buscar ser mais ‘do contra’, ‘saber melhor’ e ser ‘moralmente perfeito’.

Caso fosse correta a crítica de Diego Werneck Arguelhes de que o exercício da jurisdição constitucional se legitima quando ele exerce o papel contramajoritário, suas decisões somente seriam legítimas quando fossem contrárias à maioria. Ao invés de termos uma instituição que exercesse seus papéis contramajoritário, representativo e de vanguarda conforme o direito constitucional, aplicando o princípio da proporcionalidade e analisando as circunstâncias dos casos concretos, o tribunal deveria ser sempre ‘do contra’ para ser legítimo. Seria um absurdo conceber que o Supremo só acerta quando ele diz que os outros erraram. Caso fosse correta a crítica de Fernando Leal, teria ele encontrado o critério adequado e definitivo para se avaliar a correção do direito constitucional e bastaria que o Supremo percebesse que a redução da incerteza normativa é esse ponto arquimediano de onde se obtém a verdade objetiva definitiva sobre a ciência jurídica. O problema dessa crítica é que esse critério decorre das preferências pessoais do autor da crítica, que pretende impor ao STF que decida sempre com base nesse critério como se assim fosse ‘saber melhor’ como decidir. Finalmente, a crítica formulada por Conrado Hübner Mendes parece pretender que o Tribunal seja ‘moralmente perfeito’ e formado não por homens reais com seus erros e limitações, mas por pessoas perfeitas do ponto de vista ético. Como ele não aponta nenhuma proposta de transformação de alternativa institucional, a crítica não cumpre com o ônus de propor soluções para os supostos problemas apresentados. Aliás, o ápice da mistificação não se encontra na construção doutrinária de Luís Roberto Barroso, mas na pretensão perfeccionista da crítica ilusionista que mistifica um tribunal idealizado que não existe em nenhum lugar, mas somente nos sonhos do crítico.

Por outro lado, com relação à construção doutrinária de Luís Roberto Barroso, após os debates na FGV e a publicação da coleção de textos reunidos em um livro, uma nova versão do argumento repleta de exemplos de casos internacionais foi publicada como uma tipologia dos papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas: contramajoritário, representativo e iluminista (BARROSO, 2018). Os inúmeros exemplos concretos apresentados nesse novo trabalho reforçam a tese do Ministro Luís Roberto Barroso e evidenciam que se trata de um mapeamento de casos em que a atuação de um Tribunal Constitucional, respectivamente, contrariou, acompanhou ou transformou a opinião pública. A explicação dos diferentes tipos de papéis exercidos pelos tribunais constitucionais nos ensina sobre o exercício da jurisdição constitucional nas

democracias contemporâneas e sobre as dinâmicas políticas de resistência, aquiescência e viabilização.

Nesse contexto, as críticas formuladas à construção doutrinária de Luís Roberto Barroso é que são ilusionistas. É um erro de alvo afirmar que se trata de uma defesa da infalibilidade do STF e fundir uma análise de legitimação política com uma de legitimação moral. Não deve ser considerada uma crítica formulada a partir de um critério escolhido que não é adequado e que necessariamente implicará em uma avaliação enviesada pela escolha daquele critério em particular. Finalmente, o crítico possui o ônus de apresentar alternativas institucionais para solucionar os problemas apresentados e não deve formular críticas que sejam destrutivas a partir de perspectivas elitistas e perfeccionistas. Como bem salientou o Felix Cohen, aqueles que sonham com o paraíso dos conceitos jurídicos perfeitos estão imersos em um nonsense transcendental (COHEN, 1935). As críticas formuladas com base nessa perspectiva perfeccionista devem ser consideradas ilusionistas. Minha contribuição para a celebração dos dez anos de exercício de jurisdição constitucional do Ministro Luís Roberto Barroso consiste na apresentação de uma defesa de sua construção doutrinária sobre os papéis do Tribunal Constitucional e uma crítica das críticas ilusionistas formuladas contra “A Razão Sem Voto”.

REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. *Novos estudos CEBRAP*, v. 37, p. 13-32, 2018.

ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo que não erra. *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: Editora FGV, p. 81-107, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV, p. 25-77, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: o supremo, seus papéis e seus críticos. *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV, p. 565-571, 2017-A.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018.

COHEN, Felix S. *Transcendental nonsense and the functional approach*. COLUM. I. reV., v. 35, p. 809, 1935.

DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Harvard University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, RONALD. *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, 1977.

HART, H. L. A. *The Concept of Law*. OUP Oxford, 2012.

HUME, David. *Essays moral, political, and literary*. Longmans, Green, and Company, 1875.

KAHNEMAN, Daniel; KNETSCH, Jack L.; THALER, Richard H. Anomalies: The endowment effect, loss aversion, and status quo bias. *Journal of Economic perspectives*, v. 5, n. 1, p. 193-206, 1991.

LEAL, Fernando. Até que ponto é possível legitimar a jurisdição constitucional pela racionalidade? Uma reconstrução da crítica de ‘A razão sem voto’. *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: Editora FGV, p. 108-139, 2017.

LEAL, Fernando. “A Constituição diz o que eu digo que ela diz”: formalismo inconsistente e textualismo oscilante no Direito Constitucional Brasileiro. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 12, n. 39, p. 99-143, 2018.

LEAL, Fernando. Consequenciachismo, principialismo e deferência: limpando o terreno. *Dilema é, de fato, meramente aparente*. Disponível em: < <https://www.jota.info/stf/supra/consequenciachismo-principialismo-e-deferencia-limpando-oterreno-01102018>>. Acesso em, v. 13, 2018-A.

MENDES, Conrado. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford University Press, 2013.

MENDES, Conrado Hübner. STF, vanguarda ilusionista. *Folha de S. Paulo*, n. 28 ja 2018, p. 4-5, 2018.

MENDES, Conrado Hübner. Congresso mira a Constituição, não o STF. *Folha de S. Paulo*, n. 18 out 2023, 2023.

SARTORI, Giovanni. *A Teoria da Democracia Revisitada: As questões Contemporâneas*. Dois Volumes. São Paulo: Editora Ática SA, 1994.

SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Duke University Press, 2008.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Forense Universitária, 1991.

VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Editora FGV, 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 4, p. 441-463, 2008.