



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
(UNIRIO)

HUMBERTO VASCONCELOS BELTRÃO NETO

Constitucionalismo discursivo, representação argumentativa e limites da
jurisdição constitucional

RIO DE JANEIRO

2021



HUMBERTO VASCONCELOS BELTRÃO NETO

**Constitucionalismo discursivo, representação argumentativa e limites da
jurisdição constitucional**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Políticas, Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Celso de Albuquerque Silva

Rio de Janeiro

2021

Catálogo informatizada pelo(a) autor(a)

B469 Beltrão Neto, Humberto Vasconcelos
Constitucionalismo discursivo, representação
argumentativa e limites da jurisdição constitucional
/ Humberto Vasconcelos Beltrão Neto. -- Rio de
Janeiro, 2021.
61 f.

Orientador: Celso de Albuquerque Silva.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) -
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro,
Graduação em Direito, 2021.

1. Constitucionalismo discursivo. 2.
Representação argumentativa. 3. Democracia
deliberativa. 4. Espaços de discricionariedade. 5.
Princípios formais. I. Silva, Celso de Albuquerque,
orient. II. Título.

HUMBERTO VASCONCELOS BELTRÃO NETO

**Constitucionalismo discursivo, representação argumentativa e limites da
jurisdição constitucional**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Políticas, Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em: 26/05/2021

Banca examinadora:

Prof. Dr. Celso de Albuquerque Silva (Orientador)
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO

Profa. Dra. Frana Elizabeth Mendes
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO

Prof. Me. José Carlos Vasconcellos dos Reis
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO

Para Samanta e Francisco,
sentidos que prescindem de qualquer definição.

AGRADECIMENTOS

Para além de um requisito para obtenção de grau, um trabalho de conclusão se afigura como um marco. Não daqueles que apontam para o fim de uma jornada, mas sim dos que sinalizam o quão longe caminhamos e nos lembram do tanto que ainda podemos percorrer. Há não muito tempo, após mais de doze anos dedicados às ciências exatas, era-me impensável enveredar pelo caminho de uma nova graduação; especialmente nas ciências humanas. Contudo, numa dessas sucessões de acasos que apenas retrospectivamente fazem sentido, aqui estou; escrevendo as derradeiras linhas de um trabalho de conclusão de um curso de direito.

Nesse outrora improvável caminho, são muitas as pessoas a agradecer. Assumindo o risco de não ser justo com todos que fizeram parte de mais esse trecho da minha jornada, tento aqui expressar os mais sinceros agradecimentos aos que, de alguma forma, contribuíram para que eu chegasse até aqui. Em primeiro lugar, à Samanta pelo seu amor, amizade e companheirismo incondicionais; é ela que dia após dia, para além de qualquer empreitada profissional ou intelectual, enche minha vida de sentido. Como não poderia deixar de ser, queria também agradecer a todos aqueles que foram meus professores na UNIRIO pelos incontáveis e valiosos ensinamentos que semestre após semestre transmitiram a mim e a meus colegas. Entretanto, dentre tantos, gostaria de deixar um agradecimento especial a dois deles: Professor Rodolfo Noronha e Professor Leonardo Mattietto. Posso dizer com segurança que ambos, com seus conhecimentos, métodos e dedicação, moldaram profundamente o entendimento que hoje tenho da sociedade, do direito e do ensino.

Agradeço também ao Professor Celso de Albuquerque Silva, pela orientação no desenvolvimento do presente trabalho e também pelos ensinamentos na então disciplina de Direito Constitucional I que certamente foram a semente da curiosidade intelectual que guiou o desenvolvimento do presente trabalho. Aos professores Frana Elizabeth Mendes e José Carlos Vasconcellos dos Reis fica também meu muito obrigado por aceitarem compor a banca de defesa dessa monografia, pelo tempo dedicado à leitura e pelas inestimáveis contribuições não apenas ao texto, mas ao meu entendimento do tema que busquei desenvolver.

Minha mais sincera gratidão à Catia Valdman e Telma Lúcia Alcântara da Costa Silva que sempre me apoiaram para que eu pudesse, paralelamente ao meu trabalho como servidor público, concluir com sucesso o bacharelado em direito. Finalmente, agradeço a todos os meus colegas de curso, mas especialmente a Javier Rapp e Tatiana Millan que, dentre tantas conversas e trabalhos em grupo, tornaram o caminho até a graduação muito mais prazeroso.

BELTRÃO NETO, Humberto Vasconcelos. **Constitucionalismo discursivo, representação argumentativa e limites da jurisdição constitucional**. 2021. 61 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas e Políticas - Escola de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar, à luz do Constitucionalismo Discursivo proposto por Robert Alexy, a ideia de representação argumentativa, suas condições e limites para exercício. Utilizando como referencial teórico a obra de Hanna Pitkin, define-se a representação argumentativa como uma espécie de representação substantiva sendo legítima, portanto, apenas quando exercida no melhor interesse dos representados e levando em consideração suas preferências. Adicionalmente, estando a representação por argumentos associada ao exercício de poder no âmbito de uma democracia deliberativa, propõe-se que tal forma de representação sem votos só pode ser legitimamente exercida no âmbito de instituições deliberativas. Dessa forma, é abordado um modelo de avaliação de desempenho deliberativo o qual define características de uma corte constitucional deliberativa ideal sob a premissa de que tais características consistem em condições para o exercício de uma real representação argumentativa. Por fim, por meio dos conceitos de espaços de discricionariedade e princípios formais, são analisados os limites propostos pelo Constitucionalismo Discursivo à jurisdição constitucional apontando que onde há discricionariedade do legislador se encerra a legitimidade do controle jurisdicional. Dessa forma, conclui-se que para não servir como mero recurso retórico de legitimação, uma real representação argumentativa, capaz de compatibilizar o controle jurisdicional efetuado por cortes constitucionais com a democracia, só pode ser exercida no âmbito de cortes constitucionais comprometidas com o ideal deliberativo e dentro dos limites traçados pelos espaços de discricionariedade do legislador democraticamente eleito.

Palavras-chave: Constitucionalismo discursivo. Representação argumentativa. Democracia deliberativa. Espaços de discricionariedade. Princípios formais.

BELTRÃO NETO, Humberto Vasconcelos. **Discursive constitutionalism, argumentative representation, and limits of constitutional adjudication.** 2021. 61 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas e Políticas - Escola de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021.

ABSTRACT

The present work aims to analyze, according to the Discursive Constitutionalism proposed by Robert Alexy, the idea of argumentative representation, its conditions and limits. Using Hanna Pitkin's work as theoretical reference, argumentative representation is defined as a kind of substantive representation therefore being legitimated only when exercised in the best interests of those represented and taking into account their preferences. In addition, being the representation by arguments associated with the exercise of power in the context of a deliberative democracy, it is proposed that such a form of representation without votes can only be legitimately exercised within the scope of deliberative institutions. Therefore, a deliberative performance evaluation model is approached. This model defines characteristics of an ideal deliberative constitutional court under the premise that such characteristics consist of conditions for the exercise of a real argumentative representation. Finally, through the concepts of spaces of discretion and formal principles, the limits proposed by Alexy's Discursive Constitutionalism to constitutional adjudication are defined in such a way that where there is legislative discretion, the legitimacy of judicial review ends. Thus, it is concluded that in order not to serve as a mere rhetorical tool, real argumentative representation, capable of reconciling the judicial review carried out by constitutional courts with democracy, can only be exercised within the framework of constitutional courts committed to the deliberative ideal and within the limits drawn by the democratically elected legislators' spaces of discretion.

Keywords: Discursive constitutionalism. Argumentative representation. Deliberative democracy. Discretion spaces. Formal principles.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 PODER POLÍTICO E REPRESENTAÇÃO	12
2.1 Definições formalistas	12
2.2 Representação descritiva	14
2.3 Representação simbólica	16
2.4 Representação substantiva	18
2.5 Representação argumentativa	21
2.6 Dimensões da representação.....	25
3 CORTES CONSTITUCIONAIS E DEMOCRACIA DELIBERATIVA	27
3.1 Cortes constitucionais e deliberação.....	28
3.2 Cortes constitucionais como argumentadores públicos e interlocutores	29
3.3 Condições para o exercício da representação por argumentos	31
3.4 Modelo de análise do desempenho deliberativo.....	32
3.4.1 Significado central da deliberação	33
3.4.2 Disposições morais, intelectuais e psicológicas da deliberação constitucional	35
3.4.3 Facilitadores da deliberação institucional	37
3.4.4 Delimitantes da deliberação constitucional	39
4 PRINCÍPIOS FORMAIS E LIMITES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	45
4.1 Regras, princípios e ponderação	45
4.2 Princípios formais e ponderação.....	48
4.3 Espaços de discricionariedade e princípios formais	49
4.4 Desacordos morais razoáveis.....	53
5 CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS	60

1 INTRODUÇÃO

Compatibilizar a prerrogativa de órgãos não eleitos de invalidar normas formalmente hígidas produzidas por poderes eleitoralmente legitimados tem sido uma fonte de permanente debate nas ciências políticas e jurídicas. Apesar da vitória da democracia liberal no ocidente pós-1945, a tensão entre democracia e instituições liberais permanece como um problema intrínseco ao modelo vencedor.

Para além da definição de “governo do povo”, democracia é um termo que encontra uma miríade de definições na literatura política. Aqui, contudo, adotamos o conceito apresentado por Mounk (2019, p.44) segundo o qual “a democracia é um conjunto de instituições eleitorais com poder de lei que traduz as opiniões do povo em políticas públicas”¹. Por sua vez, de acordo com o mesmo autor, instituições liberais são aquelas que efetivamente protegem o Estado de Direito e garantem os direitos individuais para todos os cidadãos. Corolário dessas definições, uma democracia liberal é aquela constituída por um governo democraticamente eleito e instituições liberais. Pode-se então dizer que instituições liberais atuam de modo a efetivar as promessas do constitucionalismo. Por isso, os termos “democracia liberal” e “democracia constitucional” serão tratados aqui como sinônimos².

Sempre que uma maioria tem suas decisões cerceadas ao ser confrontada com os direitos de uma minoria, emerge um tensionamento entre democracia e constitucionalismo. É precisamente a partir dessa tensão que Bickel (1986) cunha o termo “dificuldade contramajoritária”³ para expressar o problema de compatibilização entre esses dois conceitos quando um órgão não eleito invalida uma norma produzida por poderes democraticamente constituídos. No contexto do presente trabalho, estamos especificamente interessados em abordar a forma arquetípica dessa dificuldade: o controle jurisdicional (*judicial review*).

Conforme aponta Mendes (2013, p. 82), a genealogia do controle jurisdicional remonta aos escritos de Hamilton, Chief Justice Marshall e Kelsen. Em comum, os três

¹ Embora não expressamente mencionado na definição adotada para democracia, subentende-se que qualquer sistema que traduza efetiva e significativamente a opinião popular em políticas públicas deve incluir eleições livres e justas.

² Apesar da existência de correntes de pensamento político que atribuem características do liberalismo à própria definição de democracia, tais termos não serão aqui necessariamente associados. Ou seja, democracias podem ser iliberais “em lugares onde a maioria opta por subordinar as instituições independentes aos caprichos do executivo ou por restringir os direitos das minorias que as desagradam. Por sua vez, regimes liberais podem ser antidemocráticos, a despeito de contarem com eleições regulares e competitivas” (MOUNK, 2019, p. 45).

³ Interessante reflexão sobre a escolha de Bickel pelo termo “dificuldade” é feita por Diego Arguelhes (2017, p. 95) ao afirmar que “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 que paira sobre a instituição sempre que seu poder é exercido”.

tenham a preocupação de institucionalizar a supremacia da constituição, cabendo ao Poder Judiciário avaliar a constitucionalidade das normas emitidas pelos demais poderes.

Apesar dos argumentos respeitáveis contrários ao instituto do controle jurisdicional (TUSHNET, 1999; WALDRON, 2006), não é objetivo do presente trabalho abordar as minúcias dessa controvérsia. Aqui, assumimos uma posição favorável ao referido instituto, tomando-o como instrumento necessário à compatibilização entre constitucionalismo e democracia. Nesse diapasão, adotaremos inicialmente uma visão das cortes constitucionais⁴ como argumentadores públicos (*public reasoners*), ou seja, uma instituição que apresenta razões públicas para uma audiência externa. Essa visão aparece, com algumas variações, na defesa da legitimidade das decisões das cortes constitucionais apresentada nos trabalhos de Rawls (1997), Dworkin (1981), Kumm (2007) e Alexy (2005), por exemplo.

Particularmente relevante para o contexto nacional, dada sua constante evocação nos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, é a visão das cortes constitucionais como “representantes argumentativos” da sociedade, conforme delineada por Alexy (2005). De acordo com o jusfilósofo alemão, uma democracia constitui-se de votos e argumentos⁵; por conseguinte, a representação exercida por um parlamento eleito é ao mesmo tempo volitiva (ou decisional) e argumentativa (ou discursiva). Por sua vez, a representação exercida por uma corte constitucional seria *essencialmente* argumentativa, dado que os seus integrantes não são eleitos *diretamente* pelo povo⁶.

Mas afinal, o que é a representação argumentativa? Seria apropriado atribuir um caráter representativo a cortes constitucionais ou tal atribuição consiste em “um mero recurso retórico para superar o déficit democrático dos tribunais sem modificar radicalmente as bases de atuação dessas instituições” (MIGUEL; BOGÉA, 2020, p. 07)? Quais as condições e os limites para o exercício de tal representação? Essas são as perguntas iniciais a serem respondidas no presente trabalho.

⁴ A despeito do controle de constitucionalidade poder ser exercido de forma difusa e concentrada, sem prejuízo à generalidade da argumentação, iremos focar na segunda delas e, portanto, nas instituições paradigmáticas para o exercício de tal controle: as cortes constitucionais.

⁵ Alexy inclui “argumentos” como elementos da democracia visando qualificar esta como uma “democracia deliberativa”. Especificamente, em uma democracia deliberativa as decisões políticas devem seguir de um debate público, livre e amplo, ao fim do qual se ofereçam as razões das opções feitas dotando-as de *legitimação discursiva* a qual se soma à *legitimação eleitoral* do poder.

⁶ Em um primeiro momento, Alexy (2005) refere-se à representação exercida pelo judiciário no exercício do poder de controle jurisdicional como puramente argumentativa. Ao ser confrontado com a legitimação eleitoral indireta de cortes constitucionais, uma vez que seus membros tipicamente são escolhidos por representantes eleitos, o autor reformula sua hipótese passando a se referir à representação de tribunais como *essencialmente* argumentativa.

Partindo da obra de Hanna Pitkin (1967), serão abordadas as diversas visões de representação apresentadas pela autora a fim de investigar como se pode definir e legitimar uma representação sem votos, tal qual proposta por Alexy (2005). Ato contínuo, propõe-se analisar, à luz do Constitucionalismo Discursivo, quais as condições institucionais ideais para realização plena de uma representação argumentativa no âmbito da jurisdição constitucional.

A pesquisa acerca das condições necessárias ao exercício pleno da representação por argumentos passa, necessariamente, pelo estudo do papel de cortes constitucionais em uma democracia deliberativa. Como condutoras dessa investigação, foram selecionadas as obras *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, de Conrado Hübner Mendes (2013) e *Why Deliberative Democracy?*, de Amy Gutmann e Dennis Thompson (2004). Nesse ponto do trabalho, será abordado o potencial da deliberação como fator de incremento da representação popular e, por conseguinte, da legitimidade democrática do controle jurisdicional.

Analisadas a natureza e as condições para efetiva implementação de uma representação argumentativa, o trabalho propõe-se a investigar os limites impostos para o seu exercício. Nessa terceira parte, partindo-se do conceito de “princípios formais” (ALEXY, 2018), vai-se investigar em que situações a Teoria Discursiva do Direito recomenda a deferência do Poder Judiciário às decisões do legislador democraticamente eleito. Assim, pretende-se responder se – e, em caso afirmativo, sob quais hipóteses – seria possível, à luz da Teoria Discursiva de Alexy, conceber uma corte constitucional como lócus decisório sobre “desacordos morais razoáveis”⁷.

Delineado o caminho pretendido, cabe aqui ponderar sobre a importância do trabalho pretendido. Abordar a justificação para o controle jurisdicional equivale a fornecer argumentos para defesa racional da atuação das cortes constitucionais por meio da proposição de parâmetros mais objetivos para avaliar a conformidade de sua atuação com a democracia.

A busca por tais parâmetros vai um pouco além de um esforço de sistematização dos trabalhos já publicados sobre representação argumentativa e sua relação com os limites da jurisdição constitucional em uma democracia deliberativa. Especificamente, o caminho pretendido nesse trabalho visa investigar, à luz do Constitucionalismo Discursivo de Robert Alexy, de que forma a função contramajoritária das cortes constitucionais se harmoniza com o ideal de democracia deliberativa.

⁷ Em linhas gerais, pode-se dizer que se está diante de desacordos morais razoáveis quando não é possível distinguir argumentos constitucionais bons dos maus, melhores dos piores havendo, portanto, mais de uma resposta correta ou discursivamente defensável.

2 PODER POLÍTICO E REPRESENTAÇÃO

Nos dias atuais, a mera menção ao termo “representação” nos remete à ideia de autogoverno, como se os conceitos de representação e democracia, ao menos no contexto político, fossem indissociáveis. Entretanto, mesmo ao se falar de representação política, não existe uma necessária associação entre tais termos. Como bem aponta Hanna Pitkin (1967, p. 02), embora não eleitos pelo voto popular, tanto um rei como um embaixador podem ser considerados como representantes de uma nação em determinados contextos. Essa primeira constatação já aponta para os muitos e variados sentidos atribuídos à ideia de representação.

Uma simples constatação de cunho etimológico pode aqui servir como ponto de partida: *re*-presentar nos remete a tornar presente algo, ou alguém, que não o está literalmente. No que diz respeito à representação política, um primeiro importante questionamento emerge acerca das razões a serem dadas para se supor a existência de uma representação de fato. Apesar de sua aparente simplicidade, essa pergunta comporta muitas respostas. No que segue, iremos abordar quatro olhares distintos para o conceito de representação, tal como originalmente apresentados por Pitkin (1967) em seu já clássico livro *The concept of representation*.

2.1 Definições formalistas

Dentre os diversos conceitos de representação presentes na ciência política, Pitkin categoriza parte deles como formais, ou formalistas. Classifica-se uma determinada definição como formalista quando esta não contém qualquer limitação acerca do modo pelo qual a representação é exercida, ou seja, há um foco apenas na maneira como é estabelecida, deixando de lado o seu conteúdo. Existem dois principais grupos de visões formalistas da representação. O primeiro focado no conceito de “autorização” e o segundo no conceito de “responsividade” (*accountability*).

Visões centradas no conceito de autorização se concentram nas formalidades da relação entre representante e representado, definindo representação como uma transação que ocorre antes que o representante possa atuar em nome do representado. Para haver autorização, por óbvio, deve haver uma autoridade, i.e., aquele que tem direito a fazer algo. Nesse contexto, haverá representação sempre que uma autoridade (o representado) *autoriza* alguém (o representante) a agir em seu nome assumindo total responsabilidade pelos atos deste.

Esse tipo de definição remonta à obra de Hobbes, mas pode ser encontrada no pensamento de diversos teóricos e cientistas políticos, de Max Weber a Eric Voegelin⁸. Em comum, tais visões formalistas enfatizam a capacidade do representante de obrigar os representados, porém passam ao largo de qualquer consideração do tipo de obrigação que aquele tenha perante estes. Nesse contexto, representação significa meramente agir com garantias especiais, ou agir imputando a responsabilidade pelos atos aos representados, sem que se possa dizer que o representante agiu bem ou mal. Não há, nesse diapasão, uma valoração acerca da maneira como o representante exerce seu poder, mas apenas sobre se o mesmo atua dentro dos limites da autoridade que lhe foi concedida⁹.

O segundo grupo de visões formalistas da representação centra-se não no conceito de “autorização”, mas de “responsividade”. Para os adeptos deste segundo grupo, um representante é alguém que responde pelos seus atos no exercício da representação. Isso é precisamente o oposto ao que defendem os adeptos de visões autorizativas, nas quais toda responsabilidade é suportada pelos representados e não pelo representante. Para os teóricos da responsividade, só pode haver representação real se houver a possibilidade de responsabilização do representante perante os representados.

Percebe-se de pronto uma preocupação central com a forma pela qual a representação é exercida. Isto é, caso se considere que o representante agiu mal, ele será responsabilizado perante os representantes (por meio da não renovação de seu mandato, por exemplo). Existe aqui uma clara intenção de complementar o conceito autorizativo de representação, de forma que um representante seja responsabilizado caso não atenda aos clamores e anseios daqueles em nome dos quais age. Entretanto, apesar dessa clara intenção, a definição de representação por meios da possibilidade de responsabilizar o representante é tão formalista como a autorizativa, uma vez que é impossível, por meio de tal definição, falar de obrigações implícitas à posição de um representante (PITKIN, 1967, p. 58).

Isso fica claro quando pensamos, por exemplo, em um chefe de Poder Executivo que agiu de forma totalmente irresponsável e autointeressada durante o seu mandato. Por meio de

⁸ Para um interessante e detalhado inventário dos diversos conceitos de representação centrados na autorização, ver Pitkin (1967, p. 39-48).

⁹ Pode-se fazer aqui um paralelo entre representação formal e mandato livre. Caso se conceba a representação exercida por parlamentares através de uma lente exclusivamente autorizativa, o importante é apenas a forma como o representado investiu o representante de autoridade (no caso em tela, por meio de eleições). Uma vez investido de autoridade, o representante é livre para agir da forma que entender mais adequada ao exercício da autoridade concedida a si. Ou seja, não faria sentido, numa concepção estritamente formalista, os representados acusarem o parlamentar de exercer seu mandato de forma inadequada, desde que este seja exercido estritamente dentro dos limites da autoridade que lhe foi delegada.

uma definição focada meramente na possibilidade de responsabilização, não se poderia criticar a forma pela qual o representante exerceu seu cargo desde que deixe-o ao fim do seu mandato. Ou seja, assim como a definição autorizativa, aquela focada na responsividade nada nos diz a respeito do *conteúdo* da representação.

É importante mencionar que os problemas das duas espécies de definições formais não refletem uma incorreção de tais conceitos, mas sim sua incompletude. Cada uma delas se preocupa com um possível sentido do que venha a ser representação sem, no entanto, propiciar um significado suficientemente abrangente para captar todos os significados que o termo em tela assume na vida política. Para além das definições formalistas abordadas no presente tópico, existem outras nas quais a representação não é definida como um agir com autoridade ou um agir qualificado pela responsividade. É o que veremos a seguir.

2.2 Representação descritiva

Um segundo tipo de abordagem para o fenômeno da representação consiste em defini-lo em termos das características do representante, ao invés de focar na maneira como este foi investido de autoridade pelos representados ou na responsividade atribuída ao exercício de seu mandato. Uma forma simples de caracterizar a representação descritiva é apontar que, para os teóricos defensores de tal visão, um parlamento, por exemplo, só pode ser qualificado como verdadeiramente “representativo” caso sua composição corresponda precisamente àquela do país como um todo. Isto é, a verdadeira representação se caracteriza mais pelo que o representante é, do que pelas ações deste. O representante não age por outros, e sim os “mimetiza” por meio de uma correspondência entre suas características e as dos representados. É precisamente por isso que esse conceito de representação é por vezes classificado como “identitário”.

A visão descritiva pode se referir a um grupo – como no exemplo de um parlamento representativo descrito acima – ou a um indivíduo. Em ambos os casos, está-se diante de uma espécie de representação descritiva quando o cerne da caracterização do fenômeno representativo consiste na maneira pela qual alguém ou algo se assemelha àqueles que são representados.

A transposição do conceito/visão de representação descritiva para a política se dá, essencialmente, de três maneiras (PITKIN, 1967, p. 81). A primeira delas consiste numa visão dos representantes como entes meramente passivos os quais se limitam a expressar sua concordância ou discordância acerca das ideias que lhes são apresentadas. Na segunda

maneira, a função dos representantes consiste em dar informações acerca dos representados. Por fim, a terceira refere-se àquela que enxerga a ação dos representantes como estando sempre de acordo com a dos representados meramente pelo fato de se assemelharem a estes.

Embora não haja uma distinção muito precisa entre a primeira e a segunda maneira de transposição do conceito de representação descritiva para a política, pode-se dizer que, apesar de ambas possuírem como propósito fornecer informações sobre os representados, elas distinguem-se pelo grau de atividade esperada do representante. A primeira delas é essencialmente passiva, sendo os representantes vistos como meros replicadores das vozes dos representados, isto é, a função dos representantes resume-se a verbalizar as opiniões dos representados a respeito das propostas sobre as quais são chamados a opinar. Já a segunda consiste em uma apresentação de informação de maneira mais “ativa” de forma que, sobre todo e qualquer assunto, toda e qualquer opinião relevante existente na comunidade política seja expressa pelo representante daqueles que comungam de tal opinião. Nesse caso, pode-se dizer que a representação envolve um tipo de atividade, um agir¹⁰. Contudo, esse “agir” é bem diferente da atuação em nome de outrem discutido nas visões formalistas, uma vez que prescinde de qualquer autorização ou responsividade¹¹.

Finalmente, na terceira forma de transposição da visão descritiva pela política, a representação é vista como uma correspondência precisa entre representantes e representados, não com a finalidade de fornecer informações sobre estes, mas sim para garantir que os representantes ajam exatamente da mesma forma que os representados agiriam caso estes o fizessem diretamente.

Embora, tal qual as visões formalistas, não abarquem todas as nuances do fenômeno da representação, visões descritivas são particularmente relevantes quando o propósito da representação é fornecer informações sobre algo ou alguém ausente (primeira e segunda formas de transposição da visão descritiva para a política). Entretanto, o conceito descritivo de representação não é adequado quando se está interessado em tratar de ações que vinculem os representados (terceira forma de transposição). Isso porque, na ótica descritiva, a

¹⁰ É precisamente por este motivo que os teóricos da representação descritiva defendem que a função de uma assembleia representativa consiste em falar ao invés de agir, deliberar ao invés de governar. (PITKIN, 1967, p. 84).

¹¹ Uma das aplicações do conceito de representação descritiva no âmbito da política consiste em definir a representação como uma correspondência precisa entre a legislatura e a nação, não para fins de informação, mas para garantir que a legislatura faça aquilo que o povo teria feito caso pudesse agir diretamente. No entanto, sendo uma correspondência perfeita entre representantes e representados um ideal inatingível surge um problema, uma vez que um dado grau de semelhança não mais garante o mesmo grau de similitude na ação. Dessa forma, passa-se ao questionamento acerca de quais características são relevantes para avaliar a ação do representante. Neste contexto, faz-se mister apontar que o melhor representante descritivo não é necessariamente o melhor para agir ou governar. (PITKIN, 1967, p. 88, 89).

autoridade conferida a um representante não tem nada a ver com representação (sob este olhar, representar significa ser como você e não agir por você). Analogamente, não há espaço na visão descritiva para uma definição que considere a responsividade do representante, dado que uma pessoa só pode ser responsabilizada por aquilo que ela faz, e não pelo que ela é.

Em que pese sua relevância, a visão descritiva é apenas mais uma visão incompleta, sendo inadequada em muitos contextos. Apesar disso, a representação descritiva é um tipo de representação e pode servir como um fator de controle à visão formalista ao trazer à luz algo omitido por esta. Contudo, sejam consideradas isoladamente ou em combinação, as visões descritiva e formalista ainda não captam todas as nuances do conceito de representação (PITKIN, 1967, p. 91).

2.3 Representação simbólica

A terceira visão de representação que gostaríamos de apresentar aqui é a representação simbólica. Para tal, é importante considerar de maneira mais detida aquilo que entendemos como um “símbolo”. Tendo sua origem etimológica no grego *symbolon*, um símbolo designa um tipo de sinal em que o significante representa algo abstrato por força de convenção, semelhança ou contiguidade semântica. Ou seja, um símbolo é um sinal a partir do qual alguém identifica ou infere algo.

No uso corrente, pode-se atribuir a um símbolo duas funções: simbolizar ou representar algo. Nos dizeres de Pitkin (1967, p. 96), afirmar que algo simboliza alguma coisa é dizer que este algo evoca a visão dessa alguma coisa em nossa mente, muitas vezes trazendo consigo emoções e atitudes apropriadas à coisa ausente. Um exemplo clássico consiste nas bandeiras nacionais. A mera visão de um símbolo dessa espécie evoca a ideia de nação¹², fazendo com que se preste a ele uma deferência que não seria cabível a um pedaço de pano qualquer.

Se, por outro lado, dizemos que um símbolo “representa” algo, muito provavelmente estamos assimilando este a um símbolo convencional, isto é, símbolos completamente arbitrários que não guardam qualquer relação implícita com aquilo a que se referem. Um bom exemplo desse uso do termo simbolizar é o atribuído a legendas em um mapa ou a sinais algébricos em uma equação.

¹² Uma interessante exceção ocorria na Alemanha Ocidental pós-1945 onde a bandeira, apesar de sua origem em movimentos liberais, evocava o passado nazi-fascista do país havendo, portanto, um constrangimento por parte da população em se utilizar de tal símbolo nacional. Nesse caso, para parte considerável da população, a bandeira simbolizava não a nação, mas o totalitarismo progressivo.

No sentido de “simbolizar”, é possível afirmar que usamos os símbolos como os destinatários ou objetos de sentimentos, de expressão de sentimentos, ou de ações direcionadas ao que eles se referem. Nesse sentido, existem maneiras apropriadas de se tratar uma bandeira nacional, assim como sentimentos evocados pela visão de uma cruz, uma vez que tanto a cruz como a bandeira possuem um significado para além de si próprios.

Considera-se que um símbolo tem um significado para além de si não pelo fato de se assemelhar àquilo a que se refere, não por haver qualquer conexão real entre referente e referenciado, mas simplesmente porque se acredita que ele possua tal sentido transcendente. Nesse diapasão, pode-se analisar cada caso particular e dizer que existe uma “representação simbólica” sempre que alguém acreditar que ela existe (PITKIN, 1967, p. 100). Ou seja, se alguém acredita que um dado símbolo possui uma conexão, por arbitrária que seja, com aquilo a que referencia, diz-se estar diante de uma representação simbólica. Corolário dessa definição é que a representação simbólica se baseia meramente em respostas emocionais, afetivas, psicológicas, direcionadas ao símbolo, não podendo ser justificada em termos puramente racionais.

Dito isso, podemos transpor para a política o conceito de representação simbólica. Nesse contexto, dir-se-á que um representante político possui nada mais que conexões arbitrárias, convencionais ou ocultas com os representados. Isto é, desde que os representados aceitem ou acreditem que o líder político os representa, haverá representação simbólica. A representação política não consistirá num agir, mas, tal qual na visão descritiva, num estado de coisas. Se, porventura, fizer-se referência a qualquer forma de ação, essa consistirá meramente na atividade de fazer as pessoas acreditarem no símbolo aceitando o líder político como seu representante simbólico e não, como na concepção descritiva, em dar informações acerca dos representados.

Alguns exemplos podem ajudar a clarificar o conceito. Pense-se na figura de um chefe de Estado desempenhando funções meramente cerimoniais. É precisamente nesse tipo de situação que se pode considerá-lo como um símbolo da nação¹³. O mesmo pode-se dizer de um embaixador o qual é tido como símbolo de um país precisamente porque é sabido por todos que não é ele quem toma decisões políticas. Na visão em comento, representar significa ser considerado ou aceito como um símbolo pelos representados.

¹³ A partir do momento em que suas funções deixam de ser meramente cerimoniais, não se está mais diante de uma representação simbólica, uma vez que esta não se expressa por qualquer tipo de ação do representante em nome dos representados.

Assim como as outras definições de representação abordadas até o momento, representar pouco ou nada tem a ver com agir de acordo com as expectativas e desejos dos representados, com a aprovação de leis desejadas pelo povo. A existência da representação é aferida pela crença de sua existência pelos representados ou terceiros¹⁴. Na visão simbólica, a real representação nada mais é do que carisma (PITKIN, 1967, p. 107).

É verdade que a representação política tem a ver também com crenças irracionais ou respostas afetivas dos representados, sendo importante questioná-los se estão satisfeitos com seus representantes e sob quais circunstâncias se sentem representados ou não. Porém, aceitar e seguir um líder político não é a mesma coisa que vê-lo como símbolo. Ao mesmo tempo, ver alguém como um símbolo pode ser um motivo para aceitar sua liderança, mas não necessariamente o único. Ademais, com sua ênfase exclusiva na dimensão emocional, a visão simbólica não considera que a representação política diz respeito não apenas ao fato de os representados aceitarem as decisões dos representantes, mas também às razões que eles têm para fazê-lo.

Finalmente, assim como na definição descritiva, não há um espaço dentro da moldura simbólica para se avaliar as ações dos representantes em nome dos representados em função de seu alinhamento aos interesses destes. Representar, nessas duas visões, é um mero estado de coisas; depende das características pessoais dos representantes ou na crença dos representados, e não dos atos daqueles. Há ainda, portanto, um elemento essencial que ainda não foi captado por nenhuma das três visões da representação abordadas até aqui: o conteúdo do agir do representante político no exercício da representação. É esse o foco da quarta e última definição abordada na seção que segue.

2.4 Representação substantiva

Dentre as três diferentes visões da representação abordadas até aqui, verifica-se que todas carecem de um componente relacionado à ação do representante em nome dos representados. Nas visões formalistas o foco está nos arranjos que precedem ou se seguem à representação. Nelas, não faz sentido dizer que um representante “representou mal” aqueles que o investiram de autoridade ou aos quais responde ao fim do seu mandato. Sempre que agir dentro dos limites da autoridade que lhe foi concedida (visão autorizativa) ou houver a

¹⁴ Note-se que considerar algo ou alguém como um símbolo pode depender das crenças de outras pessoas que não os representados. Por exemplo, diz-se que o Papa é o representante de Cristo na Terra. Evidentemente, essa representação simbólica depende da crença dos católicos (terceiros) e não do próprio Cristo (representado).

possibilidade de ser responsabilizado (visão responsiva) há representação, independente da concordância dos representados com seus atos.

Analogamente, nas visões descritiva e simbólica, a representação depende exclusivamente das características do representante e crenças dos representados, respectivamente. É verdade que existe um “agir” do representante no exercício de tais representações, mas esse agir consiste meramente em prestar informações acerca dos representados (visão descritiva) ou atuar para que as pessoas o aceitem como um símbolo (visão simbólica). Mais uma vez, tais visões não oferecem qualquer parâmetro para avaliar se as ações realizadas no exercício da representação atendem aos desejos e interesses dos representados.

Em resumo, nenhuma das três visões abordadas anteriormente possibilita aos representados julgar o desempenho do representante com base em suas ações ou apontar a conduta a ser seguida por este. Face a isso, Pitkin propõe um quarto olhar sobre o fenômeno social da representação: a visão da representação como um “agir em nome de” (*acting for*). De acordo com essa visão, também dita “substantiva” por lidar com aspectos materiais e não meramente formais, a representação é definida como uma atividade qualificada por normas de comportamento ou por expectativas dos representados.

A visão substantiva é especialmente importante no contexto do presente trabalho, pois está frequentemente envolvida quando consideramos representantes não eleitos. Pense-se, por exemplo, em um membro da administração pública. Por óbvio, tais pessoas são representantes num sentido formal, dado que estão imbuídas por lei de uma função oficial. Nesse caso, ao dizer que o trabalho de tais pessoas consiste numa forma de representação quer-se apontar que elas “agem” (ou devem agir) buscando satisfazer o interesse dos representados. É precisamente seguindo essa visão substantiva que a avaliação de um representante não passa, necessariamente, pelo fato de ele ser eleito ou não, mas sim pelo fato de seus atos serem direcionados a atender aos objetivos daqueles que ele representa.

Como bem aponta Pitkin (1967, p. 142), esse conceito substantivo é precisamente o que falta na visão autorizativa e relaciona-se aos limites a serem observados pelo representante ou aos padrões aos quais este deve conformar suas ações. Quando o foco passa do representante para suas ações, as características deste só são relevantes na medida em que afetem aquilo que ele faz. A visão da representação como um “agir em nome de outrem” deve ser definida em termos daquilo que o representante faz e como o faz.

Conforme apontamos no início do capítulo, *re-presentar* consiste em tornar presente algo ou alguém que, na realidade, não está literal ou completamente presente. Representar

substantivamente alguém consiste em fazer esse alguém presente por meio de um agir, e não através das características do agente, da maneira como ele é visto, ou dos arranjos formais que precedem ou sucedem a ação. Contudo, ainda é necessário definir que tipo de ação ou forma de agir é requerida para que se possa dizer que há uma real representação substantiva.

A esse respeito, Pitkin (1967, p. 155) afirma que o cerne da atividade de representação consiste em promover o interesse dos representados, em um contexto em que estes sejam concebidos como aptos para ação e julgamento, de uma maneira que não se oponham ao que é feito em seu nome. Ou seja, tudo aquilo que o representante faz deve estar em consonância com os interesses dos representados. Além disso, a forma adotada para a ação deve levar em consideração os desejos dos últimos.

A obrigação dos representantes é com os interesses dos representados, sendo os desejos destes relevantes para avaliar tais interesses¹⁵. Dessa forma, o representante também possui a obrigação de ser responsivo aos desejos daqueles que representa. Isso, contudo, não significa que o representante deve sempre obedecer a tais desejos, mas sim que deve sempre levá-los em consideração. Isso é particularmente importante nos casos em que há um conflito entre aquilo que o representante considera ser do interesse dos representados e aquilo que estes desejam, dado que uma razão para tal discrepância deve ser encontrada.

Em resumo, o que o representante deve fazer é agir no melhor interesse dos representados, o que implica não haver um conflito constante entre os desejos dos mesmos (quando houver desejos expressos), uma vez que se assume ser o conflito entre desejos e interesses uma situação excepcional. Aqui, cabe apontar que agir contra os desejos dos representados não é necessariamente uma violação dos deveres do representante; mas é uma situação que necessita ser explicada ou justificada, sendo certo que nem tudo aquilo que o representante disser pode ser considerado satisfatório. Assim, o padrão pelo qual um representante deve ser avaliado é se ele promoveu os interesses, objetivamente considerados, daqueles que representa.

Nesse contexto de obrigações de um representante, contudo, cabe uma miríade de alternativas sobre a definição do que vem a ser uma “real” representação substantiva. Ou seja, dentro dos limites do que não é mais representação (isto é, quando o representante não age no interesse dos representados ou quando apenas transmite as ordens destes) há espaço para

¹⁵ Aqui, assume-se que normalmente desejos e interesses coincidem, i.e., uma pessoa irá desejar aquilo que está objetivamente de acordo com os seus interesses. Naturalmente, por vezes as pessoas desejam algo que não está de acordo com seu melhor interesse, ou seja, algo que não as beneficia ou incrementa seu bem-estar. Contudo, quando isso ocorre, assume-se que deve haver uma explicação racional para tal discrepância (a falta de informações completas acerca de uma determinada situação, por exemplo).

inúmeras visões sobre o que um bom representante deve ou não fazer. A visão que um cientista político normalmente desenvolve acerca dessa questão é fortemente correlacionada com sua ideia de política e sobre as demais questões envolvidas na clássica controvérsia entre o exercício de mandatos livres ou vinculados¹⁶. Descer aos detalhes dessa controvérsia, contudo, foge ao escopo do presente trabalho. Para os nossos propósitos, é suficiente definir que uma visão substantiva da representação significa entendê-la como um agir no interesse dos representados de maneira responsiva. Apesar do potencial conflito entre representantes e representados acerca do que deve ser feito, tal conflito deve ser exceção ao longo do exercício da representação. O representante deve agir como se não houvesse conflito e, caso ele ocorra, explicar sua motivação. Munidos dessa concepção, podemos abordar o conceito alexyano de “representação argumentativa”. É o que faremos a seguir.

2.5 Representação argumentativa

O conceito de representação argumentativa foi originalmente proposto por Robert Alexy como uma forma de conciliar a atuação contrarrepresentativa de cortes constitucionais com a democracia. Especificamente, de acordo com o referido autor, uma democracia constitui-se de votos e argumentos¹⁷, sendo a representação exercida por um parlamento eleito ao mesmo tempo volitiva (legitimada por eleições) e argumentativa (legitimada pelos argumentos apresentados pelos representantes para fundamentar suas posições no exercício de seu mandato).

Por sua vez, a representação exercida por uma corte constitucional seria essencialmente argumentativa. Isso não significa, contudo, que qualquer decisão tomada no âmbito do exercício da representação por argumentos esteja legitimada *a priori*. Na verdade, para Alexy, as decisões de uma corte constitucional só se legitimam quando a coletividade a aceita como instância racional do processo político: “é necessário que a corte não apenas reivindique que seus argumentos são os argumentos do povo; um número suficiente de

¹⁶ Enquanto os defensores do mandato livre acreditam só haver real representação caso o representante possa agir independentemente da vontade dos representados, os que defendem o conceito de mandato vinculado acreditam que o representante deve se ater estritamente aos comandos daqueles que representa. Para uma abordagem detalhada vide Pitkin (1967), cap. 7.

¹⁷ Alexy inclui “argumentos” como elementos da democracia visando qualificar esta como uma “democracia deliberativa”. Especificamente, em uma democracia deliberativa as decisões políticas devem se seguir de um debate público, livre e amplo, ao fim do qual se ofereçam as razões das opções feitas dotando-as de *legitimação discursiva* a qual se soma à *legitimação eleitoral* do poder.

peças deve, ao menos no longo prazo, aceitar estes argumentos por razões de correção” (ALEXY, 2005, p. 580, tradução nossa)¹⁸.

No contexto da jurisdição constitucional brasileira, o conceito de representação argumentativa tem sido, implícita ou explicitamente, utilizado de forma recorrente como fator de legitimação decisória. O ministro Gilmar Mendes, por exemplo, incorporou ao seu voto na ADI 3510 a visão de que o Supremo Tribunal Federal, assim como o Parlamento, deveria ser compreendido como a “casa do povo”, uma vez que haveria no tribunal um ponto de encontro no qual “diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas”. Também o ministro Celso de Mello, no julgamento da Ação Penal 470, apoiou-se em citação direta de Alexy sobre a representação argumentativa para enfatizar a ideia de que o processo decisório do Supremo deve transcorrer em ambiente institucional que “valorize a racionalidade jurídica”¹⁹. Um terceiro exemplo da influência das ideias de Alexy é encontrado na utilização do conceito de representação argumentativa feita por Luís Roberto Barroso (2015) ao discorrer sobre a forma como cortes constitucionais, em determinadas situações, poderiam ser melhores intérpretes do sentimento majoritário do que os demais poderes²⁰.

Dos exemplos acima, é possível inferir diferentes formas, não necessariamente excludentes, acerca de como o conceito alexyano de “representação argumentativa” tem sido utilizado. No primeiro caso, o ministro Gilmar Mendes faz uso de tal conceito para reforçar a legitimidade decisória do tribunal constitucional em casos sensíveis sob o ponto de vista moral e político. O ministro Celso de Mello, por sua vez, no julgamento da Ação Penal 470 “buscava menos uma conexão com seus representados e mais um artifício para reforçar sua racionalidade comparativamente superior a outros atores ou instituições” (MIGUEL; BOGÉA, 2020, p. 09). Finalmente, o ministro Luís Roberto Barroso fez uso da ideia de representação por argumentos para fundamentar o exercício eventual de uma função de “intérprete do sentimento majoritário” pelo Supremo Tribunal Federal.

¹⁸ No idioma original de publicação: “it is necessary that the court not only claim that its arguments are the arguments of the people; a sufficient number of people must, at least in the long run, accept these arguments for reason of correctness”.

¹⁹ A referência ao uso do conceito de representação argumentativa pelo ministro Celso de Mello no julgamento do mensalão foi retirada do artigo de Miguel e Bogéa (2020).

²⁰ Ao tradicional papel contramajoritário, o ministro Barroso (2015) acresce dois outros: o papel representativo e o papel iluminista. De acordo com Barroso, tribunais constitucionais exercem papel representativo quando tomam decisões que vão ao encontro dos anseios da maioria da sociedade agindo, portanto, como “intérprete do sentimento majoritário”. Tal atuação, contudo, seria eventual e subsidiária apenas se legitimando na hipótese de haver omissão do Congresso em atender determinada demanda social.

Mas afinal, de que forma a representação argumentativa insere-se no referencial teórico proposto por Pitkin? Em primeiro lugar, pode-se afirmar de maneira segura que o exercício da representação argumentativa independe de qualidades intrínsecas ao representante. Ou seja, se a representação argumentativa consubstancia-se por meio de argumentos, é irrelevante saber quem é o representante ou a maneira pela qual os representados o veem, o que importa é a qualidade do argumento. Assim sendo, a representação argumentativa não se encaixa em uma visão descritiva ou simbólica. Ademais, embora não o diga explicitamente, ao afirmar que cortes constitucionais exercem uma representação essencialmente argumentativa, fica claro que Alexy não está considerando que tal forma de representação possua como atributo essencial a responsividade dos representantes. Isso porque, ainda que haja uma preocupação com a aceitação dos argumentos apresentados pelas referidas cortes por um número suficiente de pessoas (ALEXY, 2005, p. 580)²¹, devido a uma escolha institucional que visa blindar suas decisões de influências políticas, uma corte constitucional e seus juízes não possuem um atributo que se possa qualificar propriamente como “responsividade” (*accountability*).

Adicionalmente, quando Alexy (2005, p. 579) apresenta o conceito de representação argumentativa, ele o dissocia da forma como o representado investiu o representante de autoridade para tomar decisões em seu nome. Tal conclusão pode ser depreendida, por exemplo, do trecho em que o autor defende que na atividade parlamentar a relação entre representantes (parlamentares) e representados (o povo) é determinada pelos votos obtidos em eleições e por argumentos²². Ou seja, para Alexy, a representação parlamentar possui duas dimensões: volitiva e argumentativa. A primeira dimensão leva em consideração a forma como o parlamentar obteve autoridade para representar o povo (dimensão formal), a segunda dimensão refere-se aos argumentos apresentados pelo legislador para fundamentar suas decisões (dimensão substantiva). Por seu turno, às cortes constitucionais é atribuída somente uma dimensão argumentativa.

Dito isso, pode-se afirmar que a representação por argumentos enquadra-se na tipologia proposta por Pitkin como uma espécie de representação substantiva, uma vez que não se caracteriza por aspectos formais, descritivos ou simbólicos. Aqui, convém relembrar

²¹ No idioma original: “The existence of good or plausible arguments is enough for deliberation or reflection, but not for representation. For this, it is necessary that the court not only claim that its arguments are the arguments of the people; a sufficient number of people must, at least in the long run, accept these arguments for reasons of correctness”.

²² No idioma original: “For this reason, the connection between the people and the parliament must not only be determined by decisions expressed in elections and votes but also by argument. In this way, the representation of the people by the parliament is, at the same time, volitional or decisional as well as argumentative or discursive”.

que representar substantivamente alguém consiste em fazer esse alguém presente por meio de um agir, e não através das características do agente, da maneira como ele é visto, ou dos arranjos formais que precedem ou sucedem a ação. Note-se ainda que, no contexto jurídico-político, o “agir em nome de outrem” que caracteriza a representação substantiva consiste nas decisões tomadas em nome dos representados.

A aplicação da visão substantiva à representação argumentativa tem como importante corolário o fato da ausência de eleições não consistir em característica que solapa a legitimidade de decisões proferidas por órgãos não eleitos. Isso porque, como dissemos anteriormente, sob a visão substantiva, a avaliação de um representante não passa, necessariamente, pelo fato de ele ser eleito ou não, mas sim pelo fato de seus atos serem direcionados a atender aos interesses daqueles que ele representa.

Uma segunda consequência consiste no fato de que a visão substantiva de representação fornece-nos um parâmetro para avaliação das ações daqueles que buscam legitimar suas decisões justificando-as como exercício de uma representação argumentativa. Isso porque, sob a visão substantiva da representação, só são legítimas decisões tomadas no melhor interesse dos representados, sempre levando em consideração seus desejos. Repita-se, contudo, que agir contra os desejos dos representados não é necessariamente uma violação dos deveres do representante; mas é uma situação que necessita ser explicada ou justificada, sendo certo que nem tudo aquilo que o representante disser pode ser considerado satisfatório. Essa conclusão harmoniza-se com as considerações de Alexy acerca de argumentos constitucionais bons e ruins, além da necessidade de aderência aos argumentos por um número suficiente de pessoas.

Em síntese, a partir do referencial teórico proposto por Pitkin, conclui-se que representação argumentativa é toda aquela em que um representante age em nome dos representados no melhor interesse destes, levando em consideração seus desejos e justificando suas ações por meio de argumentos racionais. Ademais, como defendido por Alexy, a representação argumentativa se legitima quando os representados aceitam os argumentos apresentados pelos representantes por razões de correção e solidez, ainda que estes eventualmente contrariem seus desejos imediatos.

2.6 Dimensões da representação

Até aqui, buscamos nos manter fieis à terminologia que Pitkin utiliza em sua abordagem das diversas manifestações do fenômeno da representação. Especificamente, falamos em diferentes “visões”, diferentes “conceitos” ou “definições” de representação, pontuando a (in)adequação de cada visão para o estudo do fenômeno representativo genericamente considerado, dado que cada uma delas se atém a determinados aspectos, sejam eles formais, descritivos, simbólicos ou substantivos. Entretanto, algo que emerge dos exemplos considerados é que essas visões não são excludentes, mas complementares. Dessa forma, em um contexto sócio-político, o exercício de poder pode ter como objeto de análise, simultaneamente, os arranjos institucionais que autorizam a relação de representação e seu controle posterior, as características pessoais dos representantes, além do conteúdo das decisões tomadas em nome dos representados. Essa simultaneidade nos sugere o uso do termo “dimensões”, em vez de “visões” da representação.

Assim, por exemplo, dir-se-á que a representação parlamentar possui simultaneamente dimensões formais, descritivas, simbólicas e substantivas. Isso porque, ao avaliar a legitimidade do exercício da legislatura, pode-se levar em consideração, simultânea ou alternativamente, a forma como o parlamentar foi erigido à posição de representante, o grupo social a que ele pertence, como os representados o enxergam e suas ações em nome destes. Essas diferentes dimensões funcionam, portanto, como fatores de legitimidade da representação. Não queremos dizer com isso que as dimensões possuam graus intercambiáveis de importância para todo e qualquer fenômeno representativo: quando se trata de fornecer informações acerca de um determinado grupo – no papel de *amicus curiae*, por exemplo - a dimensão descritiva (identitária) tipicamente possui maior relevância do que os arranjos formais que investiram os representantes de autoridade para falar em nome dos representados.

É talvez essa proeminência de determinadas dimensões que levam Alexy a afirmar que a atividade legislativa consiste em uma representação volitiva (formal) e argumentativa (substantiva), embora a dimensão identitária também seja importante para avaliar a legitimidade de determinadas decisões e argumentos (“nada sobre nós sem nós”). Similarmente, ao reconhecer que o exercício da jurisdição constitucional é uma atividade de representação *essencialmente* argumentativa (dimensão substantiva), o jusfilósofo alemão reconhece a existência de uma legitimação eleitoral indireta (dimensão formal).

Estabelecidas essas premissas gerais, podemos passar à análise da legitimidade e limites das decisões tomadas por cortes constitucionais em nome do povo em uma democracia deliberativa à luz da teoria do Constitucionalismo Discursivo proposto por Alexy. É o que faremos nos próximos capítulos.

3 CORTES CONSTITUCIONAIS E DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Uma democracia é feita de votos e argumentos. Essa afirmação de Alexy (2005, p. 579) deixa patente a concepção de democracia abraçada pelo seu constitucionalismo discursivo: a democracia deliberativa. De forma sintética, a democracia deliberativa pode ser definida como uma forma de governo na qual cidadãos livres e iguais (e seus representantes) justificam suas decisões em um processo onde apresentam uns aos outros razões que são mutuamente aceitáveis e acessíveis, com o objetivo de alcançar conclusões que, embora provisionais, vinculam todos os cidadãos (GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 07).

Nessa concepção de democracia, a deliberação emerge como uma forma para intercâmbio de razões orientado ao encontro de soluções para determinadas demandas decisórias. Ressalte-se, contudo, que são compatíveis com o processo deliberativo apenas razões concebivelmente aceitáveis e compreensíveis por todos aqueles afetados pela decisão.

Analogamente, uma determinada instituição pode ser dita deliberativa quando, em seu âmbito, todos os participantes de uma tomada de decisão se engajam em um processo de persuasão mútua com vistas a alcançar a melhor resposta para uma demanda decisória. Esse processo, contudo, só pode ser qualificado como realmente deliberativo caso preencha determinados requisitos.

No presente capítulo, estamos interessados em abordar se uma instituição em particular pode ser enxergada como verdadeiramente deliberativa: as cortes constitucionais²³. A motivação para tal análise é a ideia de que os juízes constitucionais somente podem ser entendidos como legítimos representantes argumentativos, tal qual proposto por Alexy, caso sejam membros de uma corte constitucional verdadeiramente deliberativa.

Para tal, iremos inicialmente abordar algumas das principais formas pelas quais a jurisdição constitucional pode se associar ao ideal de democracia deliberativa focando, em um segundo momento, na visão das cortes constitucionais como “argumentadores públicos” (*public reasoners*). Feito isso, abordaremos as condições para o exercício da representação por argumentos identificando-as com os requisitos para que processos decisórios sejam qualificados como verdadeiramente deliberativos.

²³ Ao longo do presente capítulo o termo “corte constitucional” será usado genericamente para se referir a uma instituição composta por membros não eleitos os quais, quando provocados por atores externos, podem desafiar, com base em argumentos constitucionais, qualquer legislação aprovada por um parlamento eleito pelo povo.

3.1 Cortes constitucionais e deliberação

Antes de investigar as qualidades deliberativas da jurisdição constitucional, é preciso apontar que a deliberação consiste em apenas uma dentre as diversas alternativas institucionais para moldar o processo decisório de órgãos colegiados. Por exemplo, em vez de sujeitar as opiniões de cada juiz constitucional a uma deliberação com os demais membros da corte pode-se optar pela agregação dos votos por maioria simples ou qualificada. Entretanto, os defensores de um modelo deliberativo apontam algumas vantagens deste sobre uma mera agregação de votos²⁴.

Em primeiro lugar, além de ampliar a quantidade de informação relevante à causa em análise, a deliberação possuiria um maior potencial para esclarecer e estruturar as premissas em jogo. Ademais, o engajamento em um processo de argumentação conjunta, em tese, aumenta a possibilidade do surgimento de soluções mais diversas quando comparadas àquelas individualmente concebíveis por cada membro do colegiado. Dessa forma, a deliberação atuaria como um meio para se alcançar decisões substantivamente superiores às atingíveis por meio de uma mera agregação de votos individuais. Em síntese, a principal motivação para se adotar um modelo deliberativo no âmbito das cortes constitucionais seria a promessa de obtenção de decisões epistemologicamente superiores (MENDES, 2013, p. 64). Mais adiante, veremos também que a deliberação pode servir como fator de incremento de legitimidade.

Dentre as maneiras de acomodar o poder de controle jurisdicional no âmbito de uma democracia deliberativa, destacam-se as visões das cortes constitucionais como: (i) guardiões da deliberação pública; (ii) argumentadores públicos; (iii) interlocutores, e; (iv) deliberadores (Ibidem, p. 86). A primeira delas se insere numa concepção procedimentalista segundo a qual o poder de controle de constitucionalidade somente se justifica na medida em que ele instiga, protege ou fomenta a deliberação em outros espaços. Nesse caso, a corte nada mais seria do que um guardião de processos deliberativos democráticos e não um fórum deliberativo em si mesma. Para além dessa visão procedimental, as demais concepções atribuem às cortes uma função deliberativa mais ativa.

As concepções das cortes como argumentadores públicos ou interlocutores pressupõem que parte da atuação de tais instituições consista na apresentação de razões públicas para uma audiência externa. A diferença essencial entre tais visões reside no fato de

²⁴ Ao contrário de conceitos deliberativos, teorias agregativas da democracia consideram as preferências dos atores envolvidos em processos decisórios como definidas *a priori* não havendo, necessariamente, necessidade de justificação de tais opções. Nesse caso, o problema reside apenas em escolher uma forma eficiente e justa de combinar tais preferências. O voto majoritário é uma dessas formas de agregação.

que, ao contrário de um argumentador público, um interlocutor ao decidir deve, necessariamente, levar em consideração os argumentos apresentados pelos outros atores institucionais e responder aos mesmos num processo dialógico. Entretanto, nenhuma das duas concepções leva em consideração o processo interno pelo qual os juízes constitucionais chegam a um veredito, sendo indiferente se este foi fruto de um processo deliberativo, agregativo ou mesmo de pura barganha. Essa última característica (i.e., qualidade do processo decisório intrainstitucional) é abarcada pela concepção das cortes como “deliberadores” a qual acrescenta ao diálogo interinstitucional o fato de serem os processos decisórios internos qualificados como deliberativos. A seguir, abordarmos mais detidamente cada uma dessas concepções.

3.2 Cortes constitucionais como argumentadores públicos e interlocutores

O termo “argumentador público” é comumente utilizado na literatura jurídico-política para se referir a um conjunto de concepções das cortes constitucionais. Um primeiro exemplo de tal utilização deve-se ao próprio Rawls, o qual chega a afirmar que, em um regime constitucional, a razão pública²⁵ é a razão de sua corte suprema (RAWLS, 1997, p. 108). Rawls não quer dizer com isso que as cortes constitucionais sejam os únicos exemplos de instituições que decidem com base em argumentos de razão pública, mas sim que elas possuem a vantagem de poder tomar decisões fundamentadas exclusivamente em tais tipos de argumentos. Para ele, o papel das cortes constitucionais seria o de atribuir às razões públicas clareza e vitalidade forçando que o debate público seja imbuído de princípios (Ibidem, p. 112 - 114).

Um segundo exemplo da utilização do conceito de “argumentadores públicos” pode ser encontrado na obra de Dworkin (1981), onde as cortes constitucionais são apontadas como o fórum de princípios de uma democracia. Aqui, cabe mencionar a distinção feita pelo referido autor entre argumentos de princípios e argumentos de políticas. Segundo Dworkin, argumentos de princípios são aqueles que visam estabelecer um direito individual enquanto argumentos de política visam atingir um objetivo coletivo (DWORKIN, 2002, p. 129). Ou seja, enquanto os princípios lastreiam decisões referentes aos direitos morais de cada indivíduo, as políticas fundamentam decisões acerca do bem-estar geral. Ambas coexistem em uma democracia, mas enquanto as primeiras extraem sua legitimidade das razões

²⁵ Para Rawls, razões públicas são aquelas das quais se possa razoavelmente esperar aprovação de todos os membros da comunidade.

apresentadas, as segundas possuem sua legitimação baseada em números, i.e., num cálculo de viés consequencialista. Nesse contexto, as cortes constitucionais seriam os espaços mais adequados em uma democracia para enfrentar questões de princípio por não estarem sujeitas aos incentivos políticos enfrentados, por exemplo, por parlamentos eleitos. A legitimidade das decisões nesse espaço decisório adviria da avaliação da correção das razões apresentadas ou, ao menos, da tentativa de apresentar a melhor justificativa possível para as mesmas.

Um terceiro exemplo da concepção das cortes como “argumentadores públicos” pode ser encontrado em Kumm (2007). No entender desse autor, as cortes constitucionais institucionalizam uma prática de “contestação socrática” fazendo com que as autoridades se engajem em um processo no qual as justificativas para suas decisões possam ser avaliadas quanto a sua pertinência e correção. Essa contestação socrática garantiria aos cidadãos o poder de questionar os atos de autoridades públicas e de receber justificativas para estes. Dessa forma, as cortes constitucionais teriam o papel de fazer com que os parlamentos se responsabilizem pelas razões utilizadas como fundamentos das decisões tomadas, podendo invalidar aquelas consideradas irrazoáveis.

Mendes (2013, p. 89) acrescenta ainda a concepção de Alexy acerca do poder de controle jurisdicional (*judicial review*) dentre aquelas que pressupõem o papel de argumentador público. Isso decorreria da ideia da representação argumentativa exercida pelas cortes constitucionais e do fato dessa representação depender da apresentação de argumentos sólidos e corretos e da existência de pessoas racionais aptas e abertas a aceitar tais argumentos pelo mero fato deles serem sólidos e corretos²⁶.

As visões de Rawls, Dworkin, Alexy e Kumm são todas compatíveis com o ideal deliberativo de democracia. Contudo, todas parecem pressupor o papel das cortes constitucionais como sendo o de meros catalisadores da deliberação na sociedade. Ou seja, o papel de uma fonte de argumentos de razão pública e, portanto, não necessariamente deliberativa.

A visão das cortes como interlocutores, por sua vez, se diferencia da concepção de argumentadores públicos pelo fato de que nesse diapasão, os interlocutores participam de uma interação de forma mais horizontal sendo eles mesmos participantes argumentativos. Ou seja, enquanto a figura do “argumentador público” pode eventualmente sugerir um grupo de “reis-filósofos” detentores de uma racionalidade e capacidade argumentativa superiores, da figura dos “interlocutores” emanaria uma visão mais modesta de um órgão que opera sem atribuir a

²⁶ Para Alexy (2005), este seria o ideal do constitucionalismo discursivo: institucionalizar razão e correção.

si mesmo um papel de supremacia na definição do sentido constitucional. Definir as cortes constitucionais como interlocutores enfatiza que estas não apenas apresentam argumentos próprios, mas que também levam em consideração as razões apresentadas por outros atores institucionais se engajando num processo de troca de razões mais próximo de algo que se possa qualificar como deliberação.

Até agora pouco foi dito sobre os aspectos intrainstitucionais da tomada de decisões por argumentadores públicos e interlocutores. Ainda que se possa razoavelmente afirmar que ambas as concepções configurem instituições capazes de fomentar a deliberação, nenhuma pressupõe que a própria corte seja, internamente, deliberativa. Surge então o seguinte questionamento: os papéis de argumentador público ou interlocutor requerem algum grau de deliberação interna? Especificamente, seria a “representação argumentativa” compatível com uma agregação não-deliberativa das opiniões dos membros de um colegiado? É isso que pretendemos examinar na próxima seção.

3.3 Condições para o exercício da representação por argumentos

No capítulo anterior, estabelecemos a premissa de que a representação argumentativa idealizada por Alexy consiste numa espécie de representação substantiva. Aqui, cabe lembrar que o exercício legítimo de uma representação substantiva pressupõe a existência de representantes, não necessariamente eleitos, que agem no melhor interesse dos representados e sempre levando em consideração seus desejos. Assim, qualificar juízes ou cortes constitucionais como “representantes argumentativos” significa atribuir a tais órgãos a responsabilidade de decidir sempre no melhor interesse da sociedade considerando, no processo decisório, aquelas que seriam as preferências da comunidade política.

Nesse sentido, ressalte-se que uma corte constitucional representa a sociedade como um todo, e não apenas determinados grupos de interesses. Dessa forma, a baliza para se avaliar qual seria “o melhor interesse” da sociedade não pode ser outra senão a constituição. Assim, toda e qualquer decisão de uma corte constitucional deve se fundamentar em argumentos de razão pública delimitados pelo pactuado na Lei Maior da comunidade política. Em nosso entender, presumem-se atender ao melhor interesse da sociedade todas as decisões que encontram sua justificativa nas normas pactuadas na constituição. Entretanto, não se deve ignorar que o sentido das normas constitucionais nem sempre é facilmente determinável. Exsurge então, na definição do “melhor interesse” dos representados, o problema de definir o conteúdo da norma a ser interpretada. Por conseguinte, a legítima representação

argumentativa exercida por cortes constitucionais carrega consigo uma obrigação epistemológica: definir, da melhor forma possível, o sentido da constituição.

Além dessa obrigação epistemológica, que se entrelaça com a defesa do “melhor interesse” dos representados, tem-se ainda a necessidade de levar em consideração as preferências destes. Ou seja, ainda que uma corte constitucional apresente o melhor argumento de razão pública para suas decisões, estas carecerão de uma importante dimensão de legitimidade caso não demonstrem terem sido adequadamente consideradas, no processo decisório, as preferências da sociedade.

Importante apontar que a necessidade de consideração das preferências sociais pode ser extraída diretamente da concepção alexyana de representação argumentativa. Especificamente, ao comentar possíveis obstáculos ao ideal de representação argumentativa, Alexy (2005, p. 580) define que para afastar tais objeções deve-se demonstrar que: (i) a revisão constitucional como argumento ou discurso não permite a tomada de uma decisão qualquer, e; (ii) a revisão constitucional como representação pode ser conectada com o que o povo realmente pensa. A primeira condição relaciona-se com a ambição epistemológica da busca pela resposta constitucionalmente adequada a cada caso; já a segunda refere-se precisamente à necessidade de levar em consideração as preferências da sociedade.

Em nosso entender, o atingimento dessas condições é mais bem realizado por cortes constitucionais deliberativas tanto internamente quando externamente. Isto é, a promessa epistemológica da busca da resposta mais adequada aos casos julgados possui uma probabilidade maior de realização caso ocorra em uma corte internamente deliberativa. Ademais, acreditamos que a consideração das preferências do povo é mais bem efetivada em um processo de deliberação envolvendo atores externos à corte. Dito isso, vamos apresentar a seguir quais parâmetros podem ser utilizados para avaliar o desempenho deliberativo de uma corte constitucional.

3.4 Modelo de análise do desempenho deliberativo

Inserida num modelo deliberativo de democracia, a representação argumentativa extrai parte importante de sua legitimidade do grau de deliberação existente nos processos decisórios levados a cabo em seu exercício. Nesse sentido, quanto mais deliberativa uma instância de representação argumentativa, mais legítimas as decisões tomadas por esta. Sendo assim, torna-se importante a existência de um modelo através do qual se possa avaliar o quão deliberativas são instituições (e as decisões tomadas por estas) que se presumem como

representantes argumentativos da sociedade. Com vistas a avaliar o desempenho deliberativo de cortes constitucionais, Mendes (2013) propõe um modelo composto pelos seguintes três níveis interrelacionados: significado central (*core meaning*), facilitadores (*facilitators*) e delimitantes (*hedges*).

O “significado central” corresponde ao comportamento diretamente observável de uma corte deliberativa. Esse nível do modelo proposto visa fornecer ferramentas para detectar um conjunto básico de compromissos deliberativos assumidos no âmbito de uma corte constitucional. Por sua vez, os “facilitadores” dizem respeito aos dispositivos institucionais com o potencial de catalisar a deliberação. Já os “delimitantes” têm o papel de delinear sobre o que e quando uma corte deve deliberar e incluem o “pano de fundo legal” e as “circunstâncias políticas” da deliberação. A seguir, vamos abordar especificamente o primeiro nível do modelo proposto por Mendes: o “significado central” ou “cerne” da deliberação.

3.4.1 Significado central da deliberação

Para falar do cerne da deliberação em uma corte, convém inicialmente explicitar três momentos do processo deliberativo: pré-decisório, decisório e pós-decisório. Essa divisão é de especial relevância devido ao fato de uma corte poder ser deliberativa em alguns desses momentos, mas não necessariamente em todos. Um “tipo-ideal” de corte deliberativa seria aquele no qual todos os momentos do processo decisório possam ser qualificados como tal.

Cada um dos três momentos, ou fases, da deliberação possui um tipo de “tarefa”. A fase pré-decisória possui como tarefa deliberativa o processo de “contestação pública”. A fase decisória, por seu turno, possui a tarefa do “compromisso da colegialidade”. Finalmente, o momento pós-decisório possui como tarefa a “escrita da decisão deliberativa” (MENDES, 2013, p. 105).

Em cada uma das fases supramencionadas, deve-se ter em mente quais os atores envolvidos. Especificamente, no contexto constitucional, os participantes da deliberação são os juízes constitucionais (tomadores de decisão) e os interlocutores. Esse segundo grupo é formado por todos os atores sociais que, formal ou informalmente, apresentam argumentos à corte e expressam suas posições públicas acerca dos casos em julgamento. Os interlocutores buscam persuadir e influir na tomada de decisão por meio da apresentação de argumentos externos à corte, porém não possuem o poder de decidir.

Aponte-se ainda que os interlocutores podem ser subdivididos em formais e informais. Os primeiros são aqueles que possuem prerrogativa legal para participarem de um caso

específico como, por exemplo, as partes do processo, os *amici curiae*, etc. Já os segundos são aqueles que se engajam em debates por meios dos vários canais de comunicação da esfera pública com vistas a influenciar, ainda que indiretamente, a corte. O desempenho deliberativo de uma corte na fase pré-decisória é fortemente influenciado pela forma pela qual os interlocutores realizam sua tarefa de contestação pública. Por esse motivo, uma corte constitucional deliberativa arquetípica é aquela que busca maximizar o leque de argumentos apresentados pelos interlocutores por meio da promoção da contestação pública na fase pré-decisória.

A contestação pública, tarefa da fase pré-decisória, é impelida pelos grupos de atores políticos que possuem o poder formal para submeter um caso à apreciação da corte, i.e., por aqueles que possuem legitimidade para apresentar demandas à corte constitucional. A aspiração dessa fase é que ela seja qualificada tanto pelo real compromisso dos atores envolvidos na apresentação de argumentos, como pela disposição sincera da corte em ouvir e examinar publicamente os argumentos apresentados.

O compromisso da colegialidade, tarefa da fase decisória, consiste na diretiva para que os juízes constitucionais ouçam e incorporem em sua argumentação as razões apresentadas por seus pares, seja para anuir ou dissentir delas. A colegialidade não pressupõe que os membros da corte sejam obrigados a esconder ou suprimir eventuais discordâncias, mas sim que haja um compromisso argumentativo sincero na busca da melhor solução aos casos analisados. Isso porque a deliberação não consiste apenas em um método para busca de consenso, mas também numa forma para obter a melhor decisão possível, ainda que não haja unanimidade. Pode-se então afirmar que o compromisso da colegialidade caracteriza-se pelo esforço em considerar todas as opiniões que a corte foi capaz de coletar e empaticamente conceber²⁷, pela busca da melhor resposta constitucional e pela busca do consenso ou, ao menos, do menor dissenso. O compromisso da colegialidade, quando abraçado pela corte, sinaliza ao público externo que ela faz o seu melhor para alcançar a melhor decisão possível para um caso.

Finalmente, a tarefa da fase pós-decisória consiste na escrita da decisão deliberativa a qual, além do dever de estar fundamentada em argumentos de razão pública sólidos e corretos, deve demonstrar a devida consideração dos argumentos apresentados pelos interlocutores e ser compreensível pelo público. Ademais, a decisão escrita deve evitar

²⁷ Eventuais problemas procedimentais que prejudiquem a apresentação de argumentos por todos os interlocutores formais interessados podem ser eventualmente compensados pela capacidade da corte de perscrutar a esfera pública e imaginar outros pontos de vista possíveis.

qualificar os atores envolvidos como vencedores e vencidos, demonstrando respeito pelas posições de todos aqueles cujas crenças são diretamente afetadas pela decisão. Em síntese, as tarefas básicas de uma corte deliberativa (por isso referidas como parte do significado central da deliberação constitucional) consistem em promover o debate público, o compromisso de colegialidade e a escrita de uma decisão deliberativa.

A relevância de cada uma dessas tarefas para a legitimidade das decisões de uma corte constitucional não deve ser subestimada, uma vez que a deliberação como método decisório torna-se desejável não apenas pelas qualidades formais e materiais de seus resultados, mas também pela forma pela qual trata os interlocutores; forma esta que atua como fator de incremento da legitimidade das decisões.

Uma vez definidos os objetivos de cada uma das fases da deliberação, um modelo de avaliação do desempenho deliberativo precisa ainda considerar as atitudes dos tomadores de decisão em cada uma das tarefas descritas. Isso permite que os objetivos de cada fase se traduzam em um conjunto de “microvirtudes” que cada juiz deve desenvolver e praticar caso esteja comprometido com o ideal de uma corte realmente deliberativa. É essa ética da deliberação que abordaremos a seguir, passando a análise do nível do grupo para o nível individual.

3.4.2 Disposições morais, intelectuais e psicológicas da deliberação constitucional

As promessas da deliberação, seja qual for o âmbito na qual ocorre, não são atingíveis se não houver um comprometimento moral dos participantes no processo de argumentação conjunta. Os participantes de um processo deliberativo devem estar inclinados tanto a falar quanto a ouvir, além de serem detentores de uma disposição sincera de mudar suas opiniões à luz dos argumentos levantados pelos demais. Essa inclinação e disposição podem ser esmiuçadas em um conjunto de “microvirtudes” as quais, dependendo da fase deliberativa, regem o comportamento dos tomadores de decisão direcionado aos interlocutores (fases pré- e pós-decisória) ou aos seus pares (fase decisória) (MENDES, 2013, p. 126).

Na etapa pré-decisória, a contestação pública deve se orientar por uma “curiosidade respeitosa”. Com isso, quer-se dizer que os juízes devem se preocupar em escutar ativamente e entender o que os interlocutores têm a dizer, em vez de propriamente disputar os argumentos apresentados por eles. Nesse momento deliberativo, os membros da corte podem até argumentar com os interlocutores, mas sempre com o propósito de examinar a consistência e

clareza das alegações feitas por estes. Ademais, os juízes devem assumir uma postura não combativa e mostrar que suas opiniões ainda estão sendo formadas.

Na fase decisória, os tomadores de decisão possuem o encargo de encontrar a melhor resposta para o caso levado à corte e, ainda que haja posições discordantes, de converter as posições individuais em uma opinião institucional. Regendo essa tomada de decisão devem estar as virtudes da “colegialidade”, da “modéstia cognitiva”, da “ambição cognitiva” e da “empatia”.

A colegialidade compreende um determinado grau de respeito, um compromisso de argumentar e cooperar, além da disposição para a busca de uma decisão supraindividual. No lugar de uma deliberação genuína, a ausência da colegialidade acaba por transformar a interação entre os membros da corte em mera justificação mútua ou numa aquiescência passiva. Essa microvirtude, além de ser um componente da respeitabilidade da decisão tomada, sinaliza a crença em um bem supraindividual (a definição do sentido da constituição) só atingível de forma conjunta e que, portanto, deve geralmente se impor diante de qualquer posição individual.

Por sua vez, a modéstia cognitiva impele os juízes a investigar profundamente as opiniões partilhadas e esclarecer qualquer incompreensão do ponto de vista alheio. Ela requer que cada membro do colegiado leve a sério a opinião dos seus pares e questione, até onde possível, suas próprias posições. A ambição cognitiva, por sua vez, refere-se à disposição de encontrar a melhor decisão possível. É precisamente a combinação entre modéstia e ambição cognitivas que tende a maximizar promessa epistemológica da deliberação constitucional de atuar no melhor interesse da sociedade.

Por fim, a empatia na fase decisória diz respeito à habilidade de conceber pontos de vista não formalmente apresentados no curso do processo. A empatia possibilita que a corte aumente o leque de opiniões consideradas na tomada de decisão, indo além dos argumentos apresentados pelos interlocutores na fase pré-decisória (algo de grande relevância para uma instituição comumente vista como elitista e com baixa representatividade identitária).

Concernentemente à fase pós-decisória e à escrita da decisão deliberativa, pode-se afirmar que ela deve ser qualificada pela “responsividade”, “clareza” e “senso de falibilidade e provisionalidade”. A responsividade, diferentemente do sentido utilizado no capítulo anterior, refere-se à capacidade de selecionar quais dentre os argumentos trazidos por interlocutores formais e informais merecem ser respondidos a contento. Adicionalmente, além dos interlocutores, uma corte responsiva deve levar em consideração os precedentes que se relacionam com o caso em discussão de forma que a decisão escrita contribua com a

coerência e sistematicidade da lei. Finalmente, a responsividade também se relaciona com o tom assumido na decisão o qual deve proporcionar aos interlocutores do lado derrotado a sensação de que seus argumentos foram seriamente analisados e tratados como igualmente dignos de respeito e consideração.

A decisão escrita deve ainda ser dotada de clareza, uma vez que se dirige a um auditório muito mais amplo do que a comunidade jurídica. Uma decisão constitucional deve evitar ser hermética para que aumente a acessibilidade da comunidade ao seu real significado. Adicionalmente, a decisão deve ser eivada de um senso de falibilidade e provisionalidade, características estas que mostram que a corte entende que desacordos não necessariamente se encerram com a emissão de um veredito constitucional e que os juízes constitucionais podem errar. Especificamente, a característica de provisionalidade emula o que Gutmann e Thompson (2004) definem como característica essencial de uma democracia deliberativa. De acordo com os referidos autores, uma das características dos processos deliberativos é que eles são dinâmicos, ou seja, mantêm aberta a possibilidade de um diálogo contínuo. Assim, embora as decisões deliberativas devam se manter por um período, elas são provisionais no sentido de que devem estar abertas a questionamentos em algum momento posterior. Isso se deve ao fato de que, tendo as razões dos interlocutores no lado vencido sido seriamente consideradas, é preciso admitir a possibilidade de que seus argumentos sejam vistos como corretos no futuro. Não é difícil vislumbrar a forma como essa provisionalidade ajuda na aceitação, pelo lado vencido, da decisão deliberativamente alcançada. É importante ressaltar que as noções de virtude apresentadas aqui não são critérios para avaliar a correteza de uma decisão, mas sim padrões, nem sempre facilmente mensuráveis, da qualidade do processo deliberativo.

Até aqui, abordamos as tarefas e disposições morais envolvidas no significado central da deliberação. Falta-nos ainda considerar os outros dois níveis do modelo: facilitadores e delimitantes da deliberação. É o que faremos nas seções a seguir.

3.4.3 Facilitadores da deliberação institucional

Ao abordar o primeiro nível do modelo de análise do grau deliberativo de uma corte constitucional, em qualquer das fases do processo de deliberação, jogou-se luz essencialmente sobre as tarefas e disposições morais dos atores envolvidos. Essa abordagem coaduna-se com uma concepção culturalista da política, ou seja, uma visão de que o comportamento de agentes políticos é, em última instância, essencialmente determinado pelo conjunto de crenças

e valores compartilhados pelos mesmos. Contrapondo-se a essa concepção, uma visão institucionalista considera que características do desenho institucional, e não a cultura, são os melhores preditores do comportamento dos agentes políticos.

Diferentemente do significado central, o nível dos “facilitadores”, embora também considere as disposições individuais dos atores envolvidos, enfatiza características das cortes constitucionais, enquanto instituições, que possam servir de propulsores ou amarras ao processo deliberativo. Esse nível do modelo proposto por Mendes parte da premissa de que, independentemente das atitudes dos juízes, é preciso buscar e promover uma configuração institucional que não seja um óbice ao projeto deliberativo.

Embora importantes, considerações acerca do papel do desenho institucional no incremento do potencial deliberativo de cortes institucionais desbordam do escopo do presente trabalho, uma vez que o foco deste consiste na representação por argumentos exercida por juízes constitucionais. Assim sendo, limitar-nos-emos na presente seção a enumerar as principais características institucionais que devem ser consideradas no desenho de cortes constitucionais (e dos procedimentos internos a estas) quando se visa incrementar o potencial deliberativo das mesmas sem, contudo, descer às minúcias relacionadas a cada uma delas. Em apertada síntese, essas características podem ser reunidas nos seguintes grupos: constitutivas, pré-decisórias, decisórias e pós-decisórias²⁸.

As características constitutivas são: a localização institucional (jurisdição especializada ou não especializada), o número de tomadores de decisão, as características dos tomadores de decisão (diversidade ou homogeneidade), o modo de seleção dos membros da corte e o tipo de estabilidade (mandatos vitalícios ou por tempo determinado). Dentre as características pré-decisórias destacam-se o modo de admissão dos casos (discricionário ou vinculado), a formação de agenda de julgamentos (discricionária ou vinculada), as características dos interlocutores (seleção dos que serão ouvidos) e os modos de interação (forma, procedimento e estilo). Já na fase decisória podemos citar as seguintes variáveis que contribuem para a tarefa do compromisso colegial: tipo de sessões (públicas ou secretas), modo de interação entre os juízes (formal ou informal; escrito ou face-a-face) e método de agregação de votos (unanimidade, maioria simples ou maioria qualificada). Finalmente, na fase pós-decisória, devem ser levados em consideração o grau de demonstração pública de divisões internas (escolha entre apresentação de opiniões dissonantes e entre decisões *per*

²⁸ A consideração detalhada de todas as características institucionais envolvidas em cada etapa pode ser encontrada no capítulo 6 da obra de Mendes (2013).

curiam ou *per seriatim*), o grau de interação entre os juízes na formulação da decisão e os instrumentos utilizados para comunicar as decisões.

As características listadas acima podem ser ajustadas para criar condições para o florescimento da deliberação, mas são apenas isso: condições. Por mais bem ajustadas que sejam, os membros de um colegiado também precisam desenvolver e cultivar as virtudes deliberativas às quais nos referimos na seção anterior. Ressalte-se, contudo, que embora não sejam condições suficientes para garantir o surgimento de processos deliberativos de fato, os incentivos que emergem das variáveis de desenho institucional citadas na presente seção constituem um recurso valioso para a promoção de uma corte realmente deliberativa.

3.4.4 Delimitantes da deliberação constitucional

O terceiro e último nível do modelo deliberativo considerado neste trabalho diz respeito aos “delimitantes” da deliberação e consistem no “pano de fundo legal” e nas “circunstâncias políticas” da deliberação. De acordo com Mendes (2013, p. 103), o pano de fundo legal seria um “perímetro substantivo” que define os tipos de razões públicas consideradas aceitáveis ao processo decisório enquanto as circunstâncias políticas referem-se aos dilemas políticos com os quais a instituição precisa lidar de forma que suas decisões sejam aceitas e produzam efeitos cogentes. Esse nível do modelo de avaliação reflete o fato de que em democracias constitucionais, toda instituição política é simultaneamente empoderada e constrangida pelo ordenamento jurídico e pelas forças políticas.

Os delimitantes da deliberação funcionam como balizas sobre o que e sob quais circunstâncias deve uma corte constitucional deliberar. Por exemplo, é mais provável que uma corte constitucional se engaje em uma discussão proficuamente deliberativa quando se vê diante de um caso concreto que envolve temas legais controvertidos e que possui pouca oposição política a uma decisão efetiva. Por outro lado, se o caso se refere a questões já razoavelmente pacificadas e das quais se pode esperar uma oposição política grande, é de se esperar que a discussão apresente um baixo desempenho deliberativo.

O pano de fundo legal, tal como proposto por Mendes (2013, p. 177), pressupõe que uma corte deliberativa ideal (i) reconhece abertamente a qualidade moral da linguagem constitucional; (ii) constrói uma cadeia jurisprudencial coerente através de seus precedentes; (iii) desempenha uma função de coordenação com respeito às instâncias judiciais inferiores; (iv) se percebe como um participante de uma contínua interlocução institucional com os outros poderes; e (v) considera o ideal constitucionalista como uma tarefa cosmopolita. Essa

lista aponta para os gêneros de argumentos constitucionais que podem incrementar o potencial deliberativo. Para Mendes, quão mais uma corte rejeite a lista supracitada, menor será o seu potencial deliberativo no que se refere ao espectro de razões disponíveis. Com vistas à completude da presente exposição, abordaremos sucintamente cada um dos elementos da referida lista.

O primeiro item refere-se ao reconhecimento da qualidade moral da linguagem constitucional. Em consonância com o ideal dworkiano de leitura moral da constituição, Mendes (2013, p. 178) aponta que o potencial deliberativo de uma corte constitucional é prejudicado quando se considera que seus membros não lidam com considerações morais. Nesse sentido, juízes que querem se beneficiar da deliberação não podem ignorar os julgamentos morais que o texto constitucional requer. Atribuir a outrem a responsabilidade pelas escolhas inevitáveis envolvidas na interpretação constitucional seria, na melhor das hipóteses, uma ilusão. Uma corte que por qualquer razão se rende ao mero textualismo, aqui entendido como uma busca por significados ocultos no texto constitucional, não será deliberativa. Isso não significa, contudo, que o texto constitucional não exerça controle sobre a interpretação. Na verdade, o texto constitucional deve servir como ponto de partida da busca pelo significado da constituição, contudo esta busca se dá através de uma leitura moral do texto.

O segundo item da lista diz respeito à consideração dos precedentes. Cortes deliberativas devem possuir um compromisso com a coerência de suas decisões pretéritas. Os precedentes criam um ônus argumentativo de coerência o qual se origina do princípio geral de decidir casos semelhantes de maneira semelhante. Nesse contexto, é possível referir-se a uma “densidade jurisprudencial” construída por meio do desenvolvimento de uma racionalidade ao mesmo tempo prospectiva e retrospectiva. Essa densidade evita uma “amnésia institucional” fazendo com que uma corte, ao investigar suas decisões passadas, maximize sua capacidade deliberativa e economize os escassos recursos (tempo e energia) necessários à deliberação. Sendo a deliberação um processo de longo prazo, a acumulação de precedentes e a experiência adquirida com estes podem ampliar a qualidade epistêmica das decisões futuras da corte.

No que se refere à coordenação intrajudiciária, é importante apontar que a mesma diz respeito a mais do que uma mera reverência hierárquica às decisões das cortes superiores. Em primeiro lugar, deve-se atentar para o fato de que os casos que chegam às cortes constitucionais muito provavelmente propiciaram intercâmbios argumentativos e decisões nas instâncias inferiores. Em segundo lugar, as decisões das cortes constitucionais irão definir a

forma ulterior pela qual as cortes inferiores irão atuar na interpretação e aplicação da constituição. Dessa forma, uma corte deliberativa deve tanto levar em consideração as decisões previamente geradas pelos juízos inferiores quanto comunicar suas decisões de forma a preservar uma cadeia histórica coerente (MENDES, 2013, p. 184).

Concernentemente à deliberação interinstitucional, quarto item da lista, pode-se dizer que uma corte deliberativa deve lidar com as razões fornecidas pelos outros poderes. Nesse diapasão, o princípio da separação dos poderes expressa tanto um fato (a provisionalidade das decisões coletivas ou a continuidade da política) e um ideal a ser perseguido (um modo deliberativo de interação). O respeito a essa deliberação interinstitucional leva uma corte constitucional a rejeitar uma irrestrita supremacia judicial ou, ao menos, a rejeitar uma visão que não considere os atos legislativos como genuínas interpretações constitucionais. Em resumo, uma corte deliberativa não enxerga a si própria como detentora da única e última palavra acerca da constituição.

Finalmente, no que tange ao ideal constitucionalista como uma tarefa cosmopolita, é preciso considerar inicialmente que uma corte deliberativa não é *necessariamente* cosmopolita. Contudo, o estudo comparado da jurisprudência pode aumentar significativamente o potencial deliberativo de uma corte. Ademais, negligenciar a jurisprudência estrangeira leva, na opinião de Mendes (2013, p. 190), a uma autoexclusão de um esforço transnacional. Não se trata aqui de atribuir um valor superior às decisões estrangeiras ou de maximizar a informação disponível para tomada de decisão. O valor a ser demonstrado pela consideração das decisões de cortes estrangeiras é mais político do que epistêmico: ele consiste na disposição de integrar uma cadeia deliberativa transnacional.

Tendo considerado o pano de fundo legal, resta-nos abordar as circunstâncias políticas da deliberação, último elemento do modelo de análise do desempenho deliberativo proposto por Mendes. Situadas no modelo como parte dos “delimitantes” da deliberação, as circunstâncias políticas buscam explicitar o fato de que cortes constitucionais não decidem em um vácuo político e, portanto, são afetadas pelas pressões associadas com o exercício de poderes legislativos²⁹. Apesar de sua blindagem institucional contra pressões eleitorais, cortes constitucionais estão sujeitas às regras de ação e reação da política e, portanto, como condição

²⁹ Sobre o exercício de funções legislativas por parlamentos e cortes constitucionais, Mendes (2013, p. 76, tradução nossa) afirma que “legislar, no sentido abstrato de poder não vinculado de criação de leis, não é uma categoria precisa o suficiente para distinguir as funções de ambas as instituições [parlamentos e cortes constitucionais]. Parlamentos legislam em um sentido muito preciso. Enquanto estes instituem regulamentos no atacado e destinados a todos, cortes agem no varejo, por meio de infusões pontuais e cirúrgicas no ordenamento jurídico. As cortes constitucionais exercem um poder de legislar incremental e geralmente menos perceptível: elas o fazem em pequenas doses em vez de em amplas ofensivas, em controvérsias muito bem delimitadas ao invés do que ocorre no exercício de poderes legislativos amplos”.

para tomadas de decisão inteligentes e efetivas (quando não para sua própria sobrevivência institucional), devem ser sensíveis e reativas à atmosfera política circundante. Em suma, sendo desprovidas de meios para garantir o cumprimento de suas decisões, as cortes precisam contar com a colaboração dos demais poderes para serem obedecidas. Por conseguinte, precisam agir estrategicamente para modular suas decisões de acordo com ameaças potenciais de descumprimento ou cumprimento parcial das mesmas. Dentre as ferramentas disponíveis para o desenho de estratégias políticas, é possível citar: (i) a escolha do momento e duração do julgamento; (ii) o estilo deste (amplitude, profundidade e tom); (iii) a escolha entre decisões simples ou plurais (i.e., contendo opiniões únicas ou divergentes); (iv) o nível de interferência nos demais Poderes, e; (v) o grau de discordância da opinião pública.

A definição do momento e duração da deliberação relaciona-se ao poder de agenda das cortes. Uma boa instituição deliberativa é aquela que responde às suas demandas no momento adequado, possuindo um bom senso de oportunidade para identificar as circunstâncias políticas mais propícias à tomada de decisão.

Por sua vez, o estilo da decisão, i.e., a amplitude, profundidade e tom, diz respeito à maneira como esta é comunicada. A amplitude refere-se à variedade de casos futuros para os quais o caso em discussão servirá como precedente. Já a profundidade da decisão relaciona-se ao nível de abstração dos fundamentos utilizados indo desde princípios basilares até razões específicas ao caso em julgamento. Finalmente, o tom consiste na característica retórica utilizada pela corte para expressar sua decisão.

A escolha entre decisões simples ou plurais, quando é possível, diz respeito ao nível de coesão que a corte quer atribuir a uma dada decisão. Por um lado, uma manifestação institucional coesa, além de homenagear o princípio da segurança jurídica, tende a obter uma força política maior. Por outro lado, uma decisão fragmentada, apesar de revelar um determinado grau de discordância interna, pode estimular a continuidade do processo deliberativo fora da corte. Além disso, decisões fragmentadas comunicam um maior respeito às ideias dissonantes tanto dos juízes quanto dos interlocutores. Nesse contexto, a demonstração escrita do esforço deliberativo envolvido pode se sobrepôr ao valor de uma opinião uníssona.

Também importante é a definição do nível de interferência nos demais Poderes, sendo possível que a corte constitucional se abstenha de tomar decisões vistas como demasiadamente intrusivas ou, em sentido contrário, opte por contrariar as posições dos atores externos. Em última instância, uma corte constitucional precisa estar atenta ao fato de que nem todas as circunstâncias permitem que ela aja tal como imagina que o texto constitucional

a autoriza, uma vez que as fronteiras do poder de controle de constitucionalidade também dependem do clima político, sendo certo que os espaços de cada Poder são demarcados através de um processo de embates e ajustes. Em síntese, sem a colaboração dos outros poderes, a corte se torna impotente.

Finalmente, o último item do arsenal político estratégico de um corte consiste no grau de dissonância da opinião pública. A consideração da opinião pública na tomada de decisão de cortes constitucionais não possui um tratamento pacífico na literatura jurídico-política. Enquanto alguns entendem que a corte possui o dever de interpretar a constituição de acordo com a evolução da opinião pública, outros defendem que esta deve ser ignorada para não sujeitar direitos e colocar a própria estrutura constitucional em risco. Nessa última visão, se a corte tiver atribuído a si um dever de subserviência à opinião pública o próprio poder de revisão constitucional perde sua razão de existir.

Em um contexto de representação argumentativa no âmbito de uma corte deliberativa, contudo, a opinião pública não é uma variável que possa ser ignorada seja na fase pré-decisória ou na forma pela qual a corte prevê que a opinião pública reagirá a uma dada decisão. O preço político de ignorar completamente a opinião pública é a perda de estatura política. Ressalte-se que isso não significa que uma corte deliberativa deva se curvar à opinião pública, mas sim que deve considerá-la seriamente.

O agir estratégico, efetuado por meio do manejo das variáveis acima listadas, é componente essencial de uma corte deliberativa ciente de suas limitações. Decisões constitucionais podem enfrentar resistência e dependem, necessariamente, dos demais Poderes para serem impostas. Uma corte constitucional deve não apenas ser sensível às oportunidades políticas para avançar nos espaços deixados vagos pelos demais poderes, mas também saber que deve atentar tanto para a correção de suas decisões (do ponto de vista legal) quanto para a sua sobrevivência política, evitando movimentos impolíticos que consumam desnecessariamente sua reserva de energia e respeitabilidade³⁰.

Cortes constitucionais não podem se preocupar exclusivamente com a qualidade principiológica de suas decisões e as razões que as fundamentam. Também não devem se satisfazer em participar de uma contenda puramente política. Qualquer dos dois cenários não retrata adequadamente a experiência de fazer parte de uma corte constitucional e frustra as

³⁰ Sobre a atuação política de juízes constitucionais, Dworkin (1986, p. 378, tradução livre) afirma que “um juiz constitucional real deve por vezes ajusta o que ele acredita ser correto por uma questão de princípio e, portanto, por uma questão da lei, a fim de obter a adesão dos outros juízes constitucionais e fazer a decisão conjunta suficientemente aceitável para a comunidade de forma que possa continuar a agir no espírito de uma comunidade de princípios no nível constitucional”.

expectativas normativas que são, ou deveriam ser, atribuídas a tais cortes (MENDES, 2013, p. 212). Considerações de cunho político ajudam essas instituições a modular a intensidade das decisões constitucionais e a ajustar as possibilidades de interpretação com vistas a atingir um equilíbrio pragmático entre as exigências da lei e as limitações políticas. Ao fim e ao cabo, cortes constitucionais não desempenham um papel constitucional relevante sem granjear apoio público e gerenciar habilmente seu capital político.

No presente capítulo, usando como referencial teórico o modelo proposto por Mendes (2013) apresentamos um conjunto de variáveis para avaliar o desempenho de cortes constitucionais em democracias deliberativas. Tal modelo, centrado na divisão das fases deliberativas e suas respectivas tarefas, leva em consideração tanto variáveis procedimentais quanto morais. A ideia subjacente à nossa exposição é a de que, por razões epistêmicas e de legitimidade, juízes constitucionais só podem ser qualificados como reais representantes argumentativos caso estejam verdadeiramente comprometidos com o exercício deliberativo da jurisdição sob sua responsabilidade. Ou seja, no âmbito da jurisdição constitucional, os requisitos da representação argumentativa só podem ser preenchidos quando os representantes buscam a melhor resposta constitucional ao mesmo tempo em que consideram séria e adequadamente as preferências dos representados.

Contudo, a exposição até aqui foi centrada na avaliação de como uma corte constitucional ideal deve decidir levando em consideração aspectos procedimentais, institucionais e morais. Contudo, pouco foi dito sobre o que se deve decidir, i.e., os limites materiais da jurisdição constitucional. Esse será o objeto do próximo e derradeiro capítulo.

4 PRINCÍPIOS FORMAIS E LIMITES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Apesar de sua ampla aceitação na teoria e prática constitucionais modernas, a teoria dos princípios de Alexy (2008) não se encontra livre de objeções doutrinárias. Especialmente no tocante às suas consequências democráticas, existe importante objeção a respeito de uma possível “hiperconstitucionalização” do sistema jurídico gerada pela aplicação da teoria dos princípios³¹. Isso porque, de acordo com esse tipo de crítica, a tese da otimização dos princípios levaria a uma proliferação de direitos constitucionais o que, no âmbito institucional, levaria a uma “mudança do estado parlamentar legislativo para um estado constitucional jurisdicional” (BÖCKENFÖRDE, 1991, p. 190, apud ALEXY, 2018, p. 3).

O enfrentamento a objeções de cunho institucional à teoria dos princípios pode ser feito através de uma teoria da discricionariedade. Com o auxílio do conceito de princípios formais, buscaremos no presente capítulo esclarecer como a ideia de espaços de discricionariedade pode ser utilizada para análise da legitimidade das decisões constitucionais. Nosso objetivo é investigar de que forma a teoria dos princípios trata do limite material da jurisdição constitucional e, por conseguinte, da representação argumentativa exercida por cortes constitucionais. Por fim, buscaremos esclarecer com base nos espaços de discricionariedade qual o lócus decisório dos ditos “desacordos morais razoáveis”.

4.1 Regras, princípios e ponderação

Antes de abordarmos especificamente a questão dos espaços de discricionariedade e como os mesmos se relacionam aos limites da jurisdição constitucional, é preciso repisar alguns elementos básicos da teoria dos direitos fundamentais proposta por Alexy (2008). Em apertada síntese, esta teoria fundamenta-se na distinção entre regras e princípios. Em que pesem a importância e as minúcias envolvidas nessa categorização normativa, para o escopo da presente investigação basta-nos definir que regras são “mandamentos definitivos” aplicados por meio de subsunção. Se uma regra é válida e aplicável, aquilo que ela comanda deve ser definitivamente cumprido. Princípios, por outro lado, são “mandamentos de otimização” que exigem que algo seja realizado “na maior medida possível, dadas as possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2008, p. 90). Ou seja, ao contrário das

³¹ Objeções desse tipo são classificadas por Alexy (2012, p. 469) como “institucionais”. Embora consistam em apenas um dos sete grupos de objeções enumerados pelo autor, elas são as mais relevantes para a investigação acerca da demarcação de espaços decisórios entre parlamentos e cortes constitucionais.

regras, os princípios são passíveis de satisfação em diferentes graus e de forma que depende tanto das possibilidades fáticas quanto jurídicas, sendo estas determinadas pelos princípios e regras colidentes³².

Conflitos entre regras são solucionados por meio da introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras (eliminando o conflito) ou pela declaração da invalidade de uma delas. A colisão entre princípios, por seu turno, resolve-se pelo reconhecimento de que um deles “tem precedência em face do outro sob determinadas condições” (ALEXY, 2008, p. 93). Ou seja, enquanto o conflito entre regras se dá na dimensão da validade, a colisão entre princípios ocorre na dimensão do peso. É precisamente por isto que colisões entre princípios são solucionadas por meio da ponderação entre estes.

A ideia de otimização associada à aplicação dos princípios, no que diz respeito às possibilidades jurídicas, pode ser expressa através de uma “lei da ponderação” a qual estabelece que “quanto maior o grau de não cumprimento ou de restrição de um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro” (ALEXY, 2018, p. 6). Para possibilitar uma descrição mais precisa dessa ponderação, Alexy (2015, p. 131) propõe uma fórmula do peso que reflete a decomposição da ponderação nos seguintes três passos: (i) a determinação do grau do não cumprimento ou afetação de um primeiro princípio; (ii) a determinação da importância da satisfação de um segundo princípio colidente com o primeiro; (iii) a determinação de se a importância do cumprimento do segundo princípio justifica o prejuízo ou não cumprimento do primeiro. Em notação algébrica, a fórmula do peso, em sua formulação mais simples pode ser escrita como:

$$W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j},$$

em que $W_{i,j}$ representa o peso concreto do princípio P_i em relação ao princípio colidente P_j . A variável I_i denota a intensidade da intervenção sobre o princípio P_i , enquanto a variável I_j denota a importância da satisfação do princípio P_j , i.e., o que a não realização da intervenção em P_i significaria para a proteção de P_j ³³. Note-se aqui que a fórmula do peso expressa que o peso concreto de um princípio é um peso relativo. Se o quociente $W_{i,j}$ é maior que 1, P_i tem precedência. Quando o quociente é menor que 1, P_j tem precedência. Se o quociente é igual a 1, nenhum dos princípios tem precedência sobre o outro.

³² A otimização, no que se refere às possibilidades fáticas, está relacionada à análise da adequação e necessidade de determinada restrição a direitos fundamentais consistindo em evitar custos evitáveis. Contudo, quando princípios colidem, custos são inevitáveis tornando, portanto, a ponderação necessária (ALEXY, 2018, p. 5).

³³ De forma alternativa, Klatt e Schmidt (2012, p. 73) interpretam as variáveis I_i e I_j como a intensidade da interferência pela não satisfação dos princípios P_i e P_j , respectivamente.

Para realizar uma análise dos princípios formais e da discricionariedade legislativa, faz-se necessária, contudo, uma fórmula do peso que evidencie ainda os pesos abstratos dos princípios sendo ponderados e as certezas empíricas e normativas envolvidas na determinação das variáveis I_i e I_j . Esse refinamento nos leva à seguinte expressão, descrita por Alexy (2018, p. 8) como “fórmula do peso completa”:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j},$$

em que as variáveis W_i e W_j representam os pesos abstratos dos princípios P_i e P_j , respectivamente. As variáveis R_i e R_j representam a certeza das suposições empíricas e normativas acerca da determinação dos valores das interferências I_i e I_j . Além disso, a certeza das suposições empíricas e normativas pode se relacionar também ao valor atribuído aos pesos abstratos dos princípios sendo ponderados³⁴.

Os valores de intensidade de interferência e os pesos abstratos, segundo a escala triádica adotada por Alexy, podem assumir os valores “leve”, “médio” e “grave”, representados pelos números 2^0 , 2^1 e 2^2 , respectivamente. Por sua vez, quando a questão da certeza epistêmica está em pauta, as variáveis R_i e R_j podem assumir os valores “certo” (ou “confiável”), “plausível” (ou “defensável”) e “não evidentemente falso” que são representados pelos números 2^0 , 2^{-1} e 2^{-2} , respectivamente. Essa atribuição de possíveis valores reflete o fato de que se os valores das certezas epistêmicas são menores que um, o impacto dos valores materiais (intensidades de interferência e/ou pesos abstratos) é reduzido correspondentemente. Isso porque, não havendo razoável qualidade epistêmica das razões apresentadas para a intervenção em direitos fundamentais, o poder dessas razões deve ser substancialmente reduzido. Isso reflete a lei da ponderação epistêmica, ou segunda lei da ponderação, a qual reza que “quanto mais pesada for uma interferência em um direito fundamental, maior deve ser a certeza das premissas que a justificam” (ALEXY, 2018, p. 7). Feita essa digressão inicial, podemos passar à definição dos princípios formais e o papel destes na ponderação.

³⁴ A variável de certeza refere-se não somente a premissas empíricas, mas também a premissas normativas. Dessa forma, pode-se definir que cada uma das variáveis referentes à certeza epistêmica pode ser decomposta em dois fatores: um empírico e um normativo. Assim, chega-se à “equação da certeza” a qual, com relação ao princípio P_i , pode ser escrita como $R_i = R_i^e \cdot R_i^n$ (ALEXY, 2018, p. 8). Para um tratamento detalhado acerca das incertezas empíricas e normativas envolvidas na ponderação vide (KLATT; SCHMIDT, 2012).

4.2 Princípios formais e ponderação

A contraposição existente entre princípios formais e materiais diz respeito ao objeto de otimização comandado por eles. Enquanto princípios materiais possuem como objeto determinados conteúdos (vida, liberdade de expressão, proteção do meio ambiente) os objetos de otimização de princípios formais estabelecem *como* e *quem* estabelece o conteúdo material das demais normas do ordenamento jurídico. É precisamente por isso que tais princípios podem também ser chamados de “princípios procedimentais” (KLATT; SCHMIDT, 2012, p. 94). Por exemplo, Alexy (2012, p. 10) define o “princípio da democracia” como sendo um princípio formal o qual atribui não apenas um peso especial a decisões do parlamento, mas exige que o legislador democraticamente legitimado tome tantas decisões importantes para a sociedade quanto possível.

Estabelecida essa dicotomia entre as espécies de princípios, surge a questão sobre se um princípio formal pode ser ponderado contra um princípio material e vice-versa. Para Alexy, a resposta é sim: “ponderar princípios formais e materiais não só é possível, como, de fato, é necessário no direito” (ALEXY, 2018, p. 12). Como exemplo dessa ponderação, Alexy usa a fórmula de Radbruch a qual, em síntese, estabelece que “a injustiça extrema não é direito”³⁵. Especificamente, a referida fórmula expressa o resultado de uma ponderação entre o princípio material da justiça e o princípio formal da segurança jurídica. Conectando essa formulação com a fórmula do peso, nas situações em que se verifica uma injustiça abaixo do limiar de injustiça extrema, a interferência no princípio da justiça seria, numa escala triádica, classificada como “média” ou “leve”. Por sua vez, o valor da segurança jurídica nessas situações seria “alto”, do contrário, se estaria pondo em risco a função do sistema jurídico de coordenar os comportamentos e garantir “as vantagens da coordenação e da cooperação social” (Ibidem). Contudo, nos casos de injustiça extrema, tem-se uma interferência “grave” no princípio de justiça, devendo-se presumir uma interferência apenas “média” ou “leve” no princípio da segurança jurídica.

Some-se a isso o fato de que princípios formais podem não só ser ponderados isoladamente contra princípios materiais colidentes (“modelo material-formal puro”), como ocorre na fórmula de Radbruch, mas também podem ser ponderados em combinação com

³⁵ Com relação ao conflito entre justiça e direito, Gustav Radbruch escreveu que “o conflito entre justiça e segurança jurídica pode ser resolvido da seguinte maneira: a lei positivada, assegurada pela legislação e poder, tem precedência mesmo quando seu conteúdo é injusto e falha em beneficiar as pessoas, a menos que o conflito entre estatuto e justiça atinja um grau tão intolerável que o estatuto, como ‘lei defeituosa’, deve ceder à justiça” (BIX, 2006, p. 140, tradução nossa).

princípios materiais contra princípios materiais colidentes (“modelo material-formal misto” ou “modelo da combinação”). É o que ocorre, por exemplo, quando um sistema jurídico permite decisões *contra legem* as quais exigem que “o princípio material colidente tenha um peso maior que o princípio material que fundamenta a lei junto com princípios formais como os princípios da segurança jurídica e da separação de poderes” (ALEXY, 2018, p. 13).

Cumpra ressaltar, entretanto, que quando se está diante do conflito entre princípios formais e direitos fundamentais surge uma dificuldade adicional. Considere por exemplo a ponderação entre o princípio da competência decisória do legislador democraticamente legitimado (princípio formal) e um direito fundamental qualquer (princípio material), ou seja, uma ponderação seguindo o modelo material-formal puro. Nesse caso, a prioridade da constituição sobre a legislação parlamentar ordinária seria destruída caso se admita a competência do legislador de interferir em um direito fundamental *pelo mero fato* de ele ser democraticamente legitimado. Nesse diapasão, ressalte-se que uma interferência em um direito fundamental sem qualquer razão material não seria apenas desproporcional, mas também arbitrária (Ibidem, p. 14).

O mesmo pode ser arguido no caso do modelo material-formal misto, em que o legislador toma decisões com base em um princípio colidente com um direito fundamental. Ou seja, de um lado tem-se um direito fundamental e de outro um princípio material associado ao princípio formal da competência do legislador democraticamente legitimado de tomar decisões, i.e., o princípio formal tem o efeito de adicionar peso a um dos dois princípios materiais considerados. Disso, contudo, não se deve inferir que o legislador democraticamente legitimado nunca possua discricionariedade quando direitos fundamentais são considerados. É isso que veremos a seguir.

4.3 Espaços de discricionariedade e princípios formais

Conforme explicam Klatt e Schmidt (2012, p. 94), os princípios formais lidam com a relação entre discricionariedade e controle. Assim, de acordo com o princípio da democracia, se o parlamento possui discricionariedade, ele é competente para escolher dentre todas as possíveis soluções incluídas no âmbito dessa discricionariedade. Dessa forma, se há discricionariedade, não pode haver controle jurisdicional.

No posfácio de sua teoria dos direitos fundamentais, Alexy descreve dois tipos de discricionariedade legislativa as quais definem espaços que devem ser respeitados pelas cortes constitucionais: discricionariedade estrutural (ou material) e discricionariedade epistêmica (ou

cognitiva). A discricionariedade estrutural do legislador diz respeito a tudo aquilo que não é definitivamente proibido ou comandado pelas normas constitucionais, i.e., aquilo que as normas de uma constituição não obrigam nem proíbem. Ou seja, o legislador é livre para estabelecer normas nas situações em que a constituição a nada o obriga. Nesse caso, “como o controle judicial-constitucional é exclusivamente controle no critério da constituição, segue forçosamente que lá, onde inicia o espaço estrutural, cada controle judicial-constitucional termina” (ALEXY, 2015, p. 79). Existem três tipos de discricionariedade estrutural: a discricionariedade para definir objetivos, a discricionariedade para escolher meios e a discricionariedade para sopesar.

A discricionariedade para definir objetivos se verifica quando um determinado direito contém “uma autorização de intervenção que ou deixe em aberto as razões para a intervenção ou, embora mencione essas razões, apenas permita, mas não obrigue, a intervenção se essas razões estiverem presentes” (ALEXY, 2008, p. 585). Um exemplo de discricionariedade estrutural para definir objetivos pode ser encontrado no Art. 5º, XXIII, da CRFB, o qual contém uma autorização para intervenção no direito à propriedade fundada no atendimento à função social, conceito este que, no caso da propriedade urbana, cabe ao legislador definir (Art. 182, §2º, da CRFB). Nesse contexto, deve-se apontar que no âmbito da discricionariedade para definir objetivos, as finalidades que justificam a intervenção são, em geral, interesses coletivos. Assim, “se um direito individual é suscitado como razão para a restrição de um direito fundamental, então, há princípios constitucionais em ambos os lados. Nesse caso, não há nenhuma discricionariedade para definir objetivos” (Ibidem, p. 586).

No que se refere à discricionariedade estrutural para escolher meios, esta aparece “quando normas de direitos fundamentais não apenas proíbem intervenções, como também exigem ações positivas, como, por exemplo, a concessão de uma proteção” (Ibidem). Nesse caso, o legislador possui discricionariedade para escolher quais os meios adequados para realizar ou fomentar uma determinada finalidade. Aqui, por óbvio, assume-se que todos os meios à disposição do legislador sejam igualmente adequados. Do contrário, isto é, se os diferentes meios fomentarem a finalidade em graus distintos ou tiverem efeitos negativos sobre outras finalidades, haverá uma necessidade de ponderação. Por exemplo, o art. 5º, XXXII, da CRFB afirma que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, ou seja, o legislador possui uma discricionariedade para escolher os meios adequados à efetivação de tal proteção.

O terceiro tipo de discricionariedade estrutural é a discricionariedade para sopesar. Alexy (2008, p. 603) explica essa terceira espécie de discricionariedade estrutural por meio da

fórmula do peso. De acordo com o jusfilósofo, a discricionariedade para sopesar surge sempre que, na colisão de entre princípios fundamentais, a intensidade da intervenção em um princípio P_i possui o mesmo valor que a importância da satisfação do princípio P_j . Ou seja, a equivalência dos princípios em colisão consiste na razão para a discricionariedade estrutural para sopesar sendo, portanto, permitido ao legislador agir tanto no sentido da intervenção, quanto da não intervenção no princípio P_i . Essa conclusão revela os seguintes aspectos da discricionariedade para sopesar: (i) se a razão para uma intervenção é tão forte quanto a razão contra ela, a intervenção não é desproporcional; (ii) impasses são equivalentes em diferentes níveis da escala (ALEXY, 2008, p. 608).

No que se refere à discricionariedade epistêmica, esta surge “quando é incerta a cognição daquilo que é obrigatório, proibido ou facultado em virtude dos direitos fundamentais” (Ibidem, p. 612). Nesses casos, “o legislador possui discricionariedade epistêmica, até a medida em que ele possui competência para determinar aquilo que é definitivamente proibido, comandado ou deixado livre” (ALEXY, 2018, p. 15). A discricionariedade epistêmica pode ser classificada em empírica e normativa, sendo os espaços definidos por essa discricionariedade caracterizados pela incerteza do conhecimento empírico ou normativo acerca daquilo que a constituição ordena, proíbe ou faculta.

A problemática envolvida na definição de espaços de discricionariedade epistêmica empírica se conecta à segunda lei da ponderação³⁶ e pode ser percebida pelo fato da incerteza empírica configurar-se, eventualmente, em um problema na fundamentação para intervir em direitos fundamentais. Nesse sentido, percebe-se que caso seja permitido ao legislador interferir em direitos fundamentais com base em premissas empíricas incertas, torna-se possível recusar a proteção proporcionada por direitos fundamentais com base em suposições falsas. Por outro lado, nos casos de incerteza empírica, não se pode estabelecer uma precedência absoluta dos direitos fundamentais frente ao princípio formal do legislador democraticamente legitimado sob pena de, no vasto conjunto de casos onde a certeza absoluta de premissas empíricas não está disponível, conduzir a uma paralisia legislativa.

Assim, nos casos de incerteza das premissas empíricas, deve-se proceder a uma “ponderação de segunda ordem” entre um princípio material e um princípio formal. Essa ponderação é dita de segunda ordem por que ela ocorre em um “metanível”, i.e., antes da ponderação consubstanciada na fórmula do peso, para definir quais variáveis com qual tipo de escalas devem ser inseridas na dita fórmula (ALEXY, 2018, p. 18). Especificamente, é essa

³⁶ A segunda lei da ponderação, ou lei da ponderação epistêmica, estabelece que: “quanto mais pesada for a interferência em um direito fundamental, maior deve ser a certeza das premissas que a justificam”.

ponderação de segunda ordem que determina a inclusão das variáveis de certeza epistêmica R_i e R_j na fórmula do peso.

Por exemplo, no caso em que o valor epistêmico de uma suposição empírica é “confiável” ou “certo”, a ponderação de segunda ordem indica que o princípio de direito fundamental favorecido por essa classificação tem precedência sobre o princípio formal do legislador democraticamente legitimado. Assim, sendo o valor da variável de certeza epistêmica empírica (R^e) igual a 1, infere-se a partir da fórmula do peso que o direito fundamental favorecido pela suposição empírica confiável não é influenciado por considerações procedimentais ou formais.

Por outro lado, se o valor epistêmico de uma suposição empírica for “plausível” ou “não evidentemente falso”, a ponderação de segunda ordem indica que o princípio formal do legislador democraticamente legitimado terá precedência sobre o princípio material em questão. Essa precedência se reflete pela inclusão de valores de certeza epistêmica empírica menores que 1 na fórmula do peso, uma vez que nesse caso haverá uma redução do peso dos valores das variáveis materiais relacionadas às suposições empíricas meramente plausíveis ou não evidentemente falsas. Em suma, a inclusão das variáveis de certeza epistêmica na fórmula do peso (tanto empírica como normativa, como se verá adiante) resulta na inclusão de princípios formais nesta; especificamente, o princípio formal do legislador democraticamente legitimado.

Ressalte-se, contudo, que as variáveis de certeza epistêmica R_i e R_j não se confundem com a intensidade de um princípio formal. No entanto, essas variáveis estabelecem a discricionariedade epistêmica do legislador democraticamente eleito em casos de empate epistêmico. Isso pode ser visto na análise da decisão do Tribunal Constitucional Alemão sobre a criminalização da fabricação, comercialização, disseminação e aquisição de produtos derivados da *cannabis*. Nesse caso emblemático, o tribunal alemão considerou como plausíveis tanto a suposição do legislador de que os perigos conectados aos produtos da *cannabis* eram altos, como a suposição de que tais perigos eram baixos³⁷. Assim, assumindo duas suposições opostas o mesmo valor, está-se diante de um empate epistêmico que implica a discricionariedade epistêmica do legislador. No caso da *cannabis*, isso significa que o legislador é livre para decidir se quer escolher a linha do alto perigo (proibindo produtos derivados da *cannabis*) ou do baixo perigo (liberando os referidos produtos). Ou seja, a

³⁷ Nesse caso, o tribunal apontou que “não estão presentes conhecimentos fundados cientificamente que decidam indubitavelmente em favor de um ou de outro caminho” (apud Alexy, 2008, p. 612).

variável de certeza epistêmica estabelece discricionariedade em todos os casos de empate epistêmico.

Concernentemente à discricionariedade epistêmica normativa, esta relaciona-se “à incerteza acerca da melhor quantificação dos direitos fundamentais em jogo e ao reconhecimento em favor do legislador de uma área no interior da qual ele pode tomar decisões com base em suas próprias valorações” (ALEXY, 2008, p. 612). Ressalte-se que tal discricionariedade só pode existir em casos de incerteza normativa, caso contrário, não seria mais possível falar em uma vinculação do legislador aos direitos fundamentais, uma vez que nessa hipótese seria facultado ao próprio legislador decidir aquilo a que os direitos fundamentais os obrigam, proíbem ou facultam.

Um exemplo importante de incerteza normativa diz respeito a casos de colisão de direitos fundamentais nos quais é possível defender a prevalência de quaisquer dos direitos envolvidos, sendo impossível reconhecer qual das possibilidades é mais bem fundamentada. Ou seja, há um “impasse epistêmico” entre os direitos colidentes: enquanto cada um dos direitos exige a solução mais vantajosa para si, nenhum deles tem, em razão do impasse, força para decidir a contenda. Nesse caso, é possível dizer que se está diante de um caso de discricionariedade cognitiva normativa, cabendo ao legislador resolver o impasse com base no princípio formal da competência decisória do legislador democraticamente legitimado, definindo ele próprio o conteúdo normativo (Ibidem, p. 622).

A definição dos espaços de discricionariedade serve ao propósito de definir os limites à atuação de cortes constitucionais estabelecidos pela teoria discursiva do direito de Alexy. Nesse contexto, a representação argumentativa de cortes constitucionais não possui legitimidade caso exercida dentro dos espaços de discricionariedade do legislador. Configuram-se assim, limites à jurisdição constitucional os quais, em consonância com o princípio formal do legislador democraticamente eleito, comandam a deferência das cortes constitucionais às decisões do legislativo tomadas no espaço de discricionariedade deste. Um importante exemplo de situações onde tal deferência é devida refere-se aos desacordos morais razoáveis, como veremos a seguir.

4.4 Desacordos morais razoáveis

A existência de desacordos razoáveis torna-se possível sempre que as evidências e argumentos que sustentam uma determinada questão estão sujeitos a mais de uma interpretação plausível. Nesse contexto, pessoas esclarecidas e bem intencionadas podem

pensar de maneira diferente acerca de temas moralmente controvertidos³⁸. Especificamente, em algumas situações, as divergências morais entre os membros de uma comunidade poderão ser profundas e persistentes, isto é, poderão referir-se à própria concepção de justiça dos diferentes membros da comunidade e, adicionalmente, não serem passíveis de resolução através de debates, por mais duradouros e engajados que estes sejam. A estes desacordos, chamaremos *desacordos morais razoáveis*.

Num contexto de colisão entre direitos fundamentais, os desacordos morais razoáveis se relacionam a casos de incerteza normativa em função da divergência sobre os pesos que cada um dos direitos fundamentais possui na ponderação e aquilo que seria possível deduzir do que a constituição expressamente manda, proíbe ou permite. Ou seja, no âmbito da ponderação alexyana, desacordos morais razoáveis dão margem à possibilidade discursiva de se atribuir valores diferentes às variáveis envolvidas na ponderação, o que torna possível fundamentar resultados discrepantes em função dos argumentos normativos utilizados (SACRAMENTO, 2018, p. 259). Essa situação corresponde a casos de colisão entre direitos fundamentais em que é possível defender a prevalência de quaisquer dos direitos envolvidos, sendo impossível reconhecer qual das possibilidades é mais bem fundamentada. Isto é, há um “impasse epistêmico” que faz surgir um espaço de discricionariedade cognitiva normativa ao legislador. O reconhecimento de tal discricionariedade frente a um desacordo moral tem o condão de garantir o espaço de decisão ao legislador frente a uma profunda divergência moral existente na sociedade (Ibidem, p. 260).

Pense-se, por exemplo, no princípio da dignidade humana. Dependendo da concepção moral do intérprete, tal princípio pode ser centrado tanto na autonomia do sujeito, quanto na igualdade fundamental de todos. Essas diferentes visões tornam impossível a definição de um conteúdo normativo nuclear ao mesmo princípio, dado que tal definição é indissociável das concepções morais do intérprete. Um exemplo esclarecedor de tal situação é apresentado por Sacramento (2018) ao analisar o julgamento do HC 124.306/RJ pelo Supremo Tribunal Federal, no qual foi decidido que a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro

³⁸ Nesse sentido, Barroso (2012, p. 23) afirma que “[a]lém dos problemas de ambiguidade da linguagem, que envolvem a determinação semântica de sentido da norma, existem, também, em uma sociedade pluralista e diversificada, o que se tem denominado de desacordo moral razoável. Pessoas bem intencionadas e esclarecidas, em relação a múltiplas matérias, pensam de maneira radicalmente contrária, sem conciliação possível. Cláusulas constitucionais como direito à vida, dignidade da pessoa humana ou igualdade dão margem a construções hermenêuticas distintas, por vezes contrapostas, de acordo com a pré-compreensão do intérprete. Esse fenômeno se revela em questões que são controvertidas em todo o mundo, inclusive no Brasil, como, por exemplo, interrupção de gestação, pesquisas com células-tronco embrionárias, eutanásia/ortotanásia, uniões homoafetivas, em meio a inúmeras outras”.

trimestre de gravidez não incide na tipificação prevista nos Arts. 124 a 126 do Código Penal (os quais tipificam o crime de aborto).

Da leitura da decisão do STF no caso em comento, depreende-se que estava em análise o conflito entre o direito à vida do nascituro (artigo 5º, *caput*, da CRFB) e o direito fundamental à autonomia da mulher (extraído do enunciado que garante a dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB)³⁹. Na fundamentação da decisão do HC 124.306, buscou-se “verificar se as restrições aos direitos fundamentais das mulheres decorrentes da criminalização são ou não compensadas pelo direito à vida do feto”. Nesse diapasão, considerou-se que a criminalização do aborto “produz um grau elevado de restrição a direitos fundamentais das mulheres”. Logo, sendo P_i o princípio da dignidade humana, pode-se afirmar que a intensidade da interferência em P_i é elevada (ou seja, $I_i = 4$). Por outro lado, considerando P_j o direito à vida do nascituro, entendeu-se que “o peso concreto à vida do nascituro varia de acordo com o estágio de seu desenvolvimento na gestação. O grau de proteção constitucional ao feto é, assim, ampliado na medida em que a gestação avança e o feto adquire viabilidade extrauterina, adquirindo progressivamente maior peso concreto”. Dessa afirmação, é possível concluir que o grau de importância de satisfazer o direito à vida do nascituro é elevado somente após o primeiro trimestre de gestação. Antes disso, o grau de importância de satisfação de P_j seria moderado (ou seja, $I_j = 2$).

No que se refere aos pesos abstratos dos princípios colidentes depreende-se da decisão que ambos foram considerados elevados (ou seja, $W_i = W_j = 4$). Finalmente, não houve qualquer consideração ao grau de incerteza das premissas empíricas e normativas que fundamentaram à decisão, ou seja, não foram consideradas na ponderação as variáveis R^e e R^n . Assim sendo, a ponderação condizente com a decisão realizada pode ser expressa pela seguinte aplicação da fórmula do peso

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i}{I_j \cdot W_j} = \frac{4 \cdot 4}{2 \cdot 4} = 2,$$

³⁹ Sacramento (2018) aponta que este exemplo (análise da ponderação realizada pelo STF no julgamento do HC 124.306/RJ) não pretende “reproduzir fielmente a ponderação realizada na decisão, mas apenas utilizá-la como base para análise”. Dessa forma, cabe ressaltar que na decisão em comento, além do direito à vida do nascituro e do direito fundamental à autonomia, foram incluídos ainda argumentos paralelos referentes aos direitos à integridade física e psíquica da mulher, seus direitos sexuais e reprodutivos além dos “reflexos sobre a igualdade de gênero”. Contudo, no caso dos direitos sexuais e reprodutivos, não houve menção à norma da constituição brasileira que os garante. Ademais, no caso da igualdade de gênero, não fica claro de que forma a norma penal violaria o princípio da igualdade. Dessa forma, o exemplo construído no presente texto considera como principal argumento o peso do direito fundamental à autonomia da mulher, norma extraída expressamente do enunciado que garante a dignidade humana.

indicando que o princípio da autonomia da mulher tem prioridade sobre o direito à vida do nascituro no caso de gestações com período inferior a três meses, determinando a inconstitucionalidade da norma penal repressiva.

Entretanto, a consideração das variáveis de certeza epistêmica na fórmula peso leva a um resultado diferente. Primeiramente, aponte-se que a confiabilidade das premissas empíricas envolvidas não possui papel na solução do caso. Isso porque a questão envolvida não se refere ao fato de ser ou não o embrião considerado pessoa humana, mas sim à questão jurídica de se os deveres estatais para com o embrião são os mesmos impostos às pessoas nascidas (SACRAMENTO, 2018, p. 269). Dessa forma, não haveria razão para inclusão da variável R^e .

Já com relação à certeza das premissas normativas, existe razoável incerteza sobre as consequências normativas do princípio da dignidade da pessoa humana (do qual se extraiu o princípio da autonomia da mulher) sobre a discussão do aborto. Assim, embora se possa considerar que a criminalização do aborto implica uma elevada interferência na dignidade humana da mulher (tal como feito pelo ministro Barroso), essa premissa não pode ser considerada como certa do ponto de vista normativo sendo, quando muito, uma premissa plausível (ou seja, $R_i^n = 1/2$).

Adicionalmente, com relação ao direito à vida, existe grande divergência se o mesmo confere uma proteção jurídica moderada ou elevada ao nascituro (i.e., existe incerteza quanto ao valor conferido à variável I_j). Contudo, parece haver consenso de que garante ao menos uma proteção moderada ($I_j = 2$) devendo-se, nesse caso, considerar a variável de certeza normativa como certa (ou seja, $R_j^n = 1$) (Ibidem, p. 270). Dessa forma, a consideração das incertezas normativas levaria a

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i^n}{I_j \cdot W_j \cdot R_j^n} = \frac{4 \cdot 4 \cdot \frac{1}{2}}{2 \cdot 4 \cdot 1} = 1,$$

indicando que a incerteza normativa diminui o peso concreto do princípio P_i levando a uma situação de impasse que garante discricionariedade ao legislador para decidir sobre a criminalização do aborto antes do primeiro trimestre gestacional.

Em resumo, no contexto de desacordos morais razoáveis, onde diferentes atribuições de valores aos princípios envolvidos são discursivamente possíveis nos termos da constituição, existe incerteza normativa que gera discricionariedade epistêmica ao legislador. Assim sendo, nos casos envolvendo desacordos morais razoáveis, não se pode falar em real representação argumentativa no âmbito do controle de constitucionalidade. Isso porque a

legitimidade de tal representação decorre de argumentos que possam ser reputados como corretos e que as pessoas os aceitem por serem corretos. Assim, dada a profunda divergência moral ou filosófica envolvidas nos desacordos morais razoáveis, conclui-se que estes impossibilitam a representação por argumentos (SACRAMENTO, 2018, p. 264).

5 CONCLUSÃO

A compatibilização entre democracia e constitucionalismo, longe de ser uma questão resolvida, consiste em uma permanente fonte de debates na literatura jurídico-política. Também no Constitucionalismo Discursivo de Robert Alexy essa questão é enfrentada com vistas a fundamentar de que maneira o instituto do controle jurisdicional se coaduna com uma forma de governo onde todo o poder emana do povo; daí a ideia de uma representação argumentativa exercida precipuamente por cortes constitucionais.

A análise dessa representação sem votos constitui o ponto central do presente trabalho onde buscamos não apenas defini-la, mas também fundamentar sob que condições e de que maneira cortes constitucionais podem ser vistas como legítimos representantes de uma comunidade política. No Capítulo 2, identificamos a representação argumentativa como uma espécie de representação substantiva sendo legítima, portanto, quando exercida no melhor interesse dos representados e sempre levando em consideração as preferências destes. No caso da representação exercida por cortes constitucionais, sustentamos que os representados são todos os membros da sociedade sendo o melhor interesse destes identificado com aquilo que foi pactuado na constituição.

Ademais, estando inserido no contexto maior de uma democracia deliberativa, apontamos que o exercício da representação argumentativa por cortes constitucionais pressupõe que a busca pelo sentido das normas constitucionais e a consideração dos interesses da sociedade devem ser efetuados sob determinadas condições; condições estas que atuam como elementos de legitimação democrática do controle jurisdicional exercido por tais órgãos. Essas condições são precisamente aquelas capazes de qualificar cortes constitucionais como instituições deliberativas que vão além do papel de argumentadores públicos responsáveis por fomentar a deliberação na sociedade. Nesse sentido, no Capítulo 3, por meio de um modelo de análise focado nas etapas do processo decisório das cortes e suas respectivas tarefas, vimos que essas condições consistem essencialmente nas disposições morais, intelectuais e psicológicas dos participantes do processo deliberativo; nos elementos de desenho institucional que moldam os procedimentos das cortes; no pano de fundo legal; e nas circunstâncias políticas da deliberação.

Uma vez delineada a representação por argumentos exercida por cortes constitucionais em uma democracia deliberativa e suas condições de exercício, partimos para definição dos limites da jurisdição constitucional. Assim, no Capítulo 4, apresentamos os conceitos de princípios formais e espaços de discricionariedade. Vimos que o mesmo

Constitucionalismo Discursivo que busca legitimar o controle de constitucionalidade por meio da ideia de representação argumentativa oferece as balizas para delimitar os espaços nos quais tal controle pode ser legitimamente exercido. Especificamente, apontamos que sempre que se está diante de um espaço de discricionariedade, seja ele estrutural ou epistêmico, não se admite controle de constitucionalidade por órgãos externos ao Poder Legislativo. Ou seja, onde há discricionariedade, cessa o controle jurisdicional. Portanto, o lócus decisório de desacordos morais razoáveis, de acordo com a teoria alexyana, são os parlamentos e não as cortes constitucionais.

O caminho escolhido no presente trabalho foi permeado pelo seguinte fio condutor: o Constitucionalismo Discursivo idealizado por Alexy se desenvolve no contexto da forma de Estado em que as circunstâncias do discurso são otimizadas, i.e., no contexto da democracia deliberativa. Dessa forma, o corolário da proposta alexyana é que uma real representação argumentativa só pode ser exercida no âmbito de instituições deliberativas, instituições estas que precisam de um modelo de análise que permita racionalmente qualificá-las como tal, e sempre limitada pelos espaços de discricionariedade do legislador. Fecha-se então o circuito percorrido neste trabalho: definição da representação argumentativa, suas condições para exercício e seus limites. Não buscadas essas condições e respeitados esses limites, não se está diante de uma representação por argumentos legítima, mas de um recurso retórico de legitimação.

Acreditamos com isso ter cumprido o objetivo do presente trabalho fazendo uma sistematização do conceito de representação argumentativa e apontando a forma como o exercício desta, dentro de determinadas condições e limites, é capaz de compatibilizar o controle jurisdicional efetuado por cortes constitucionais com o ideal de democracia deliberativa. É uma pequena contribuição que busca ressaltar os deveres de coerência que ideias como a representação argumentativa carregam consigo quando utilizadas no discurso jurídico como elementos de legitimação decisória.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. Balancing, constitutional review and representation. **International Journal of Constitutional Law**, v. 3, n. 4, 572-581, out. 2005.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. SILVA, V. A. da (Trad.). São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. The construction of constitutional rights. **Revue française de droit constitutionnel**, n. 91, p. 465-477, 2012.

_____. **Constitucionalismo Discursivo**. HECK, L. A. (Org./Trad.). 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

_____. Princípios formais. In: GOMES, A. T.; SALIBA, A. T.; LOPES, M. S. (Org.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ARGUELHES, D. W. O Supremo que não erra. In: VIEIRA, O. V.; GLEZER, R. (Org.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Org. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV editora, 2017.

BARROSO, L. R. Constituição, democracia e supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 21, jun. 2012.

_____. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015.

_____. Contramajoritário, representativo e iluminista: o Supremo, seus papéis e seus críticos. In: VIEIRA, O.V.; GLEZER, R. (Org.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

BICKEL, A. **The least dangerous branch: the Supreme court at the bar of politics**. 2. ed. New Haven: Yale University, 1986.

BIX, B. Robert Alexy, Radbruch's formula, and the nature of legal theory. **Rechtstheorie**, v. 37, p. 139-149, 2006.

DWORKIN, R. The forum of principle. **New York University Law Review**, vol. 56, p. 469-518, 1981.

_____. **Law's empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUTMANN, A.; THOMPSON, D. **Why Deliberative Democracy?** Princeton: Princeton University, 2004.

KLATT, M; SCHMIDT, J. Epistemic discretion in constitutional law. **International Journal of Constitutional Law**, v. 10, n. 1, 2012.

KUMM, M. Institutionalizing Socratic Contestation. **European Journal of Legal Studies**, v. 1, n. 2, 2007.

_____. Alexy's Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review. In: KLATT, M. **Institutionalized Reason**. Nova York: Oxford University Press, 2012.

MENDES, C. H. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. 1.ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MIGUEL, L. F. e BOGÉA, D. O juiz constitucional me representa? O Supremo Tribunal Federal e a representação argumentativa. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 35, n. 104, 2020.

MOUNK, Y. **O povo contra a democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

PEREIRA, J. R. G. O judiciário pode ser entendido como representante do povo? Um diálogo com "A razão sem voto" de Luís Roberto Barroso. In: VIEIRA, O. V.; GLEZER, R. (Org.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

PITKIN, H. **The concept of representation**. Berkeley University of California Press, 1967.

RAWLS, J. **The idea of public reason**. In *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*, ed. James Bohman and William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1997.

SACRAMENTO, B. Desacordos morais razoáveis e discricionariedade legislativa: um estudo a partir da teoria principialista dos direitos humanos. **e-Publica - Revista eletrônica de direito público**, v. 5, n. 1, p. 241-275, jan. 2018.

TUSHNET, M. **Taking the Constitution away from the Courts**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

VIEIRA, O. V.; GLEZER, R. (Org.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

WALDRON, J. The core case against judicial review. **The Yale Law Journal**, v. 115, 2006.