

Ludmila Lacerda: Jurisdição constitucional e populismo iliberal

17/10/2023

De tempos em tempos ressurgem assuntos sobre tensões entre Poderes, inclusive envolvendo Legislativo e Judiciário. Essa recorrente discussão remonta as origens e o desenvolvimento histórico do constitucionalismo, conduzindo abordagens de temas amplos, como: interface e equiprimordialidade entre constitucionalismo e democracia; quais delimitações traçadas na separação de Poderes; a (in)existência de legitimidade do controle de constitucionalidade; divisão de funções entre órgãos do poder público no exercício da jurisdição constitucional; a qual instituição caberia a guarda da Constituição ou quem deveria ter "última palavra" sobre matérias constitucionais, principalmente sobre direitos fundamentais. De tal modo, essa não seria uma discussão nova no horizonte prático e teórico, muito menos [na realidade brasileira](#).



Em uma democracia constitucional, principalmente nos contextos

marcados por incipiente comprometimento social com direitos humanos e suas implementações, é possível e até esperado que tribunais sejam provocados para deliberar e proferir decisões constitucionalmente adequadas observando a integridade (Dworkin, 2011) sobre temas culturalmente controversos e sensíveis abrangendo pena de morte, eutanásia, direitos da população LGBTQIA+, descriminalização do aborto, viabilidade de pesquisas com células-tronco, validade das ações afirmativas, proteção dos animais não-humanos, descriminalização sobre a posse de drogas, direitos dos povos originários, dentre outros.

Esse papel judicial nomeado em alguns casos de contramajoritário [1] é limitado e permeado pelo compromisso com argumentos de princípio e desempenhos não concorrentes com o modo de fazer política. Abordagens sobre as teorias da decisão judicial e a atividade de adjudicação são importantes para essa discussão. Isso porque a legitimidade das decisões judiciais em geral (e do próprio Judiciário) advém não apenas das oportunidades participativas na consolidação democrática, mas sobretudo do conteúdo argumentativo, da capacidade de justificação e da aplicabilidade dessas decisões.

Assim, mitigar a discricionariedade judicial, corrigir erros institucionais, realizar e reconhecer direitos se pautando pela interpretação da Constituição como projeto aberto sem renunciar parâmetros que considerem a construção de objetividade são capacidades que implicam em proferir decisões adequadas, que não coadunam com posturas de autocontenção nem de ativismo judicial ou abusos decisionistas.

Não raro os tribunais são acusados de "déficit democrático" por não contarem com composição mediada pelo voto direto, representatividade eleitoral ou por exercerem deliberações e decisões não submetidas ao controle majoritário de órgãos eleitos e/ou da população, que em tese teria as mesmas capacidades de juízes e políticos.

Algumas das explicações para atuação judicial se ligam com a proteção dos direitos fundamentais, forma dinâmica e participativa com que oportunizam contínuo aprendizado social, acesso à justiça e voz para aqueles que porventura não tenham sido devidamente considerados em outras esferas decisórias. Outra explicação consiste na capacidade desses discursos judicializados servirem como catalisadores de desacordos morais e despertarem debates mais racionais e

profundos na sociedade civil organizada e na arena política. Também é apontado o conteúdo argumentativo das decisões judiciais comprometidas com argumentos principiologistas conforme traçados pela comunidade e pela cadeia institucional, portanto algo diferente do "pamprincipiologismo" ou de *standards* retóricos.

Além das defesas do Poder Judiciário como *locus* adicional (e jamais o único [2]) para deliberação democrática e tratativas sobre direitos fundamentais, há discussão sobre possíveis arranjos institucionais que melhor possam viabilizar soluções menos reativas e seguras para embates entre os Poderes. A ideia de diálogo institucional é exemplo nesse sentido.

Destarte, é ingênuo considerar que apenas um dos Poderes, seja ele o Legislativo, o Judiciário ou mesmo o Executivo possa ser considerado como órgão popular exclusivo ou como único e incondicionado representante fidedigno do povo. Isso porque essas considerações são interpretativas, o povo é múltiplo, ninguém está imune aos erros e os desenhos e composições institucionais se alteram muito ao longo do tempo.

Algumas discussões sobre prevalência institucional e controle de constitucionalidade tratam que uma democracia não está condicionada a um arranjo que implique a supremacia judicial, nem mesmo depende apenas da soberania popular e vontade majoritária frequentemente expressa por escolhas legislativas. Ambos os modos de prevalência (judicial ou legislativo) possuem falhas. A opção por um modelo institucional é dependente do contexto, que ditará a melhor forma para resolução de problemas práticos. Mesmo admitida essa escolha, falar sobre a existência de uma "última palavra" implica em vê-la como mitigada pela própria dinâmica de separação entre Poderes e a possibilidade que cada um profira suas decisões provisórias em intermitentes rodadas procedimentais.

Dentre outros que ocorreram e que se anunciam [3], um exemplo recente dessa dinâmica dada de forma reativa entre decisões do Legislativo e do Judiciário no Brasil foi a aprovação pelo Senado do [Projeto de Lei nº 2903/23](#), que coadunou com a tese do marco temporal. Em tempo quase concomitante com essa aprovação a tese do marco temporal foi considerada inconstitucional ao ser julgada no STF ([Tema 1.031](#)). Nesse caso, o Congresso ainda poderá derrubar eventuais vetos ao Projeto vindos do Executivo. Por sua vez, caso entre em vigor, a nova legislação poderá ser ressubmetida ao Supremo, que fará nova análise. Enquanto isso, muitos elementos, regras e composições podem mudar.

Outro exemplo é a atual discussão envolvendo a recente [PEC 50/2023](#) para alterar o artigo 49 da Constituição, que possui como autores mais de 171 deputados de diversos partidos, como Partido Liberal, Patriota, dentre outros. Há também a [PEC 16/2019](#) e [51/2023](#) (dentre outras), que propõem mandato de oito e 15 anos, respectivamente, para ministros do STF levantando preocupações com o fenômeno de "porta giratória" no serviço público.

Conteúdos dessas propostas não são tão novos. Na década passada houve a [PEC 33/2011](#), que teve como autor o então deputado federal Nazareno Fonteles do Partido dos Trabalhadores. Na mesma época tramitou a [PEC 3/2011](#). A PEC 33/2011 foi duramente [criticada](#) nos meios jurídicos por seu rompimento com os limites impostos ao poder reformador do Congresso, pela inconstitucionalidade e inadequação em lidar com o problema de exercer algum controle sobre decisões do Judiciário sem esvaziar suas funções precípuas.

É possível depreender duas questões dos exemplos. A primeira sobre o fato que as soluções judiciais nem sempre são aceitas pacificamente por certos setores da sociedade e por todas as instituições políticas. A segunda representa a intermitente discussão sobre a não prevalência institucional das decisões do Judiciário ou a submissão aos outros Poderes das decisões do Supremo e da sua organização.

Sobre a primeira são esperadas posturas reacionárias, mobilização e atuação de grupos organizados institucionalmente para reverter as decisões da corte constitucional. Um problema advindo daí é quando esse efeito *backlash* passa a não apenas obstar resultados inicialmente pretendidos pela via judicial, mas transforma-se em pressuposto para aprofundamento dos retrocessos, inclusive sobre direitos fundamentais. Portanto, as retaliações não são novas, devem ser consideradas pelos interessados para planejamentos e estratégias decisórias e ainda devem ser confrontadas com amplo debate na esfera política e social.

Sobre a segunda, também não são novidades os debates sobre supremacia legislativa ou judicial como sistemas subótimos e contextualizados, nem mesmo mudanças de desenhos ou ajustes de arranjos institucionais. Resta ao Judiciário pautar-se pelos mecanismos de respaldo da sua independência institucional, apontar para imprescindibilidade de sua atuação na defesa dos direitos e garantia dos procedimentos democráticos dando enfoque nas alterações que promovam não a retaliação, mas sim melhores desempenhos dos tribunais conforme exigências republicanas.

Considerado isso, é preciso levar em conta o contexto histórico atual. Não por alguns fenômenos em si observados separadamente, como o populismo ou o estoque autoritário, mas pelas formas com que esses fenômenos têm se manifestado na realidade. Nesse sentido, estão os últimos anos de polarização política e ascensão do populismo iliberal não apenas no Brasil, mas no mundo, que podem apontar para reconsiderações sobre potencialidade e força das retaliações ao Judiciário.

Parte da população e membros do próprio STF podem acreditar que a onda autocrática que varreu o mundo (e o Brasil [4]) nos últimos anos se encontra contida ou contornada, mas talvez isso não esteja tão certo. Portanto, é possível que efeitos paradoxais do *backlash* e tentativas de retaliação ao STF tenham potencial para tornarem-se mais frequentes ou adquirirem mais força conforme o momento histórico atual. Se há um tempo os ataques ao STF vinham do lavajatismo, da militarização da política e da presidência no governo bolsonarista, que juntamente com seguidores levaram ao golpismo do 8 de janeiro, nada impede que agora eles possam vir do Congresso Nacional acompanhados do apoio de parcela da população e da mídia.

Isso ocorre pela representação de interesses econômicos bem delimitados no Congresso, acompanhado da crescente desigualdade socioeconômica, identitarismo conservador e populismo eleitoral que captam votos a partir de discursos emocionais e de exclusão, além das transformações que as mídias digitais propiciam como monetização da desinformação, discursos de ódio na *web* e crescente mercado de dados.

Mais recentemente, movimentos políticos de direita organizaram-se de forma perene difundindo opiniões e pautas de forma mais aberta e combativa. Assim, decisões consideradas em outros momentos como funções precípuas e esperadas de cortes constitucionais podem não ser mais vistas exatamente do mesmo modo por um Congresso atuante na defesa daquilo que se mostra como seu interesse. Anteriormente era esperado que os Tribunais cuidassem de temas vistos como tabus, por gerarem tanto desacordos morais intermináveis e profundos, quanto custos eleitorais para políticos que não desejavam perder votos ao se comprometer com certos assuntos. Talvez essa premissa tenha se alterado nos últimos tempos.

Entende-se por "populismo iliberal" as manifestações globais que possibilitaram a ascensão de políticos e partidos considerados de ultradireita, que passaram a desafiar regras eleitorais, projetos constitucionais em desenvolvimento e a própria ideia de democracia constitucional. Sendo assim, se trata de um movimento fundado na figura do inimigo, representação política não inclusiva, combate ao pluralismo e falhas da democracia liberal em cumprir suas promessas.

Dentro e fora das mídias digitais a opinião pública e o pleito eleitoral são influenciados com discursos conservadores inflamados que despertam forte apelo emocional e apontam para as escolhas políticas da população. Esse mecanismo têm propiciado que políticos se aproveitem do discurso emocional para conquistar espaço e votos. Com isso os defensores desses discursos são eleitos, aprovam normas e influenciam na composição do judiciário. Ou seja, é um tipo de dinâmica que a longo prazo pode ocasionar um retrocesso ainda pior do que o anteriormente existente, gerando prejuízos maiores não apenas para os grupos afetados por *backlash*, mas para o próprio funcionamento institucional e independência entre Poderes.

Os espaços na construção da opinião pública estão em disputa e o tribunal constitucional deve resistir, defender-se e atuar no sentido de não apenas explicitar um *status quo* opressivo de casos legítimos, mas em melhor possibilitar argumentos e posições que fomentem uma discussão focada nos benefícios sociais mútuos, no potencial racionalizador dos discursos, na importância da sua independência institucional para reconhecimento de direitos e na necessidade de superação do ônus argumentativo para possíveis contraposições ou alterações das decisões tomadas pela corte constitucional.

[1] "Contramajoritário" funciona como adjetivação se considerados problemas, como: (I) "minorias" e não correspondência na representação institucional ou sub-representatividade. Ou seja, instituições não refletem a realidade numérica da composição social de certos grupos quando observados critérios de interseccionalidade; (II) quando abordados assuntos sensíveis que despertam forte apelo moral e emocional na maioria das pessoas, ou tratarem-se de direitos fundamentais interdependentes dos processos democráticos. Mesmo que discussões e desacordos implicando tais assuntos ocorram em um cenário o mais racional, bem informado e de boa fé possível — algo verossímil e também difícil na prática comunicativa das sociedades de massa — elas desafiam soluções envolvendo apenas procedimentos majoritários. Isso devido observância da dignidade da pessoa humana e as limitações e condições dos sujeitos envolvendo dificuldades de convencimento em debates polarizados, diferentes cosmovisões, interesses pessoais e outros.



[2] Há a importância dos debates em espaços da esfera pública, tais como mídias, fóruns, organizações, movimentos sociais, dentre outros. Ainda no espaço institucional devem ser lembrados mecanismos além do controle exercido pelo Judiciário, como o controle político exercido pelo Executivo e pelo Legislativo.

[3] Exemplo mais antigo se deu sobre a prática desportiva da vaquejada. Considerada inconstitucional pelo STF (ADI 4.983), a prática foi chancelada com a [Emenda 96/2017](#) e [Lei nº 13.873/2019](#), ambas alvos de novas ações no Supremo (ADIs [5.728](#) e [5.772](#)). Caminhando para a mesma lógica, além do andamento sobre o marco temporal, podemos citar mais três casos que se anunciaram em setembro de 2023: (I) reconhecimento pelo STF do casamento homoafetivo desde 2011 ([ADPF 132](#)) e a rediscussão no Congresso do [Projeto de Lei nº 5.167/09](#) fixando que relações entre pessoas do mesmo sexo não pode ser equiparada a casamento ou família; (II) votação no STF de recurso extraordinário com repercussão geral ([Tema 506](#)) sobre a descriminalização do porte de drogas para consumo próprio e a apresentação de outra PEC (além da [34/2023](#)) para criminalizar posse e porte independente da quantidade — a nova proposta aguarda assinaturas de 1/3 dos senadores; (III) votação pela descriminalização do aborto no STF ([ADPF 442](#)) e pedido por urgência na tramitação do [Projeto de Lei 434/2021](#) — Estatuto do Nascituro.

[4] No caso brasileiro, além das posturas e ocorrências durante o governo Bolsonaro é possível apontar uma mudança na forma de governar e esfacelamento da coalizão desde a crise ocasionada pelo impeachment de Dilma Rousseff.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2023-out-17/ludmila-lacerda-juris-dicao-constitucional-populismo-iliberal/>