

O QUANTO DE CONSTITUCIONALISMO POPULAR HÁ NO POPULISMO? UMA ANÁLISE A PARTIR DAS CRÍTICAS À SUPREMACIA JUDICIAL

HOW MUCH OF POPULAR CONSTITUTIONALISM
THERE IS IN POPULISM? AN ANALYSIS BY THE CRITICS
OF THE JUDICIAL SUPREMACY

Alberto Luiz Hanemann Bastos¹
Erick Kiyoshi Nakamura²

Data de Submissão: 10/08/2021

Data de Aceite: 09/11/2021

Resumo: Este artigo objetiva, a partir da compreensão do papel corrente do Supremo Tribunal Federal entre o clássico debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt a respeito do guardião da Constituição, necessariamente oxigenado pelas críticas doutrinárias contemporâneas, verificar se o enfraquecimento pretendido pelo populismo autoritário brasileiro ao Tribunal reflete, ou não, os cânones do constitucionalismo popular. Para isso, discorre inicialmente sobre a clássica (e atual) polêmica entre Kelsen e Schmitt, de forma a apontar as principais divergências entre os autores. Em seguida, explora as ideias centrais do constitucionalismo popular e as suas influências na literatura jurídica brasileira e apresenta o cenário político atual, marcado pela ascensão de um populismo de extrema-direita que ativamente busca o

1 Mestrando em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Bacharel em Direito pela mesma instituição. Pós-graduando em Processo Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Pesquisador do Grupo de Estudos em Trabalho, Economia e Políticas Públicas (TRAEP). Advogado.

2 Mestrando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), com bolsa CAPES/PROEX. Bacharel em Direito pela mesma instituição. Pesquisador do Núcleo de Investigações Constitucionais da Universidade Federal do Paraná – NINC/UFPR.

enfraquecimento do Tribunal. Conclui que as propostas do populismo brasileiro, apesar de pautadas numa crítica à supremacia judicial, são totalmente dissonantes dos cânones do constitucionalismo popular, uma vez que buscam uma neutralização absoluta do papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, em violação aos arranjos de força e aos objetivos delineados na Constituição, e, sobretudo, negam os pressupostos e os ideais da democracia deliberativa, requisito imprescindível para a garantia da participação popular.

Palavras-chave: Guarda da Constituição; constitucionalismo popular; povo; populismo.

Abstract: This paper aims, by the understanding of the current role of the Brazilian Federal Supreme Court among the classic discussion between Hans Kelsen and Carl Schmitt about the guardian of the Constitution, necessarily renewed by the contemporary doctrinal criticism, to verify whether the intentions of the Brazilian authoritarian populism to weaken the Supreme Court reflects, or not, the canons of popular constitutionalism. To that end, it introduces the classic (and vivid) controversy between Kelsen and Schmitt, in order to point out the main divergences of the authors. Moreover, it explores the core ideas of popular constitutionalism and their influences on the Brazilian legal literature, and presents the current political context, surrounded by the rise of a right-wing populism that is guided by the objectives of weakening the Supreme Court. It concludes that the propositions of Brazilian populism, despite driven by a criticism of judicial supremacy, are totally dissonant from the canons of popular constitutionalism, because it seeks an absolute neutralization of the role played by the Brazilian Federal Supreme Court, violating the force arrangements and the objectives outlined by the Constitution, and, especially, rejects the tenets and the ideals of the deliberative democracy, indispensable requisition to ensure popular participation.

Keywords: Guard of the Constitution; popular constitutionalism; the people; populism.

1. INTRODUÇÃO

“As leis não bastam. Os lírios não nascem da lei”; esta frase de Carlos Drummond de Andrade contempla, como toda a poesia, inúmeras interpretações, dependentes das visões de mundo e dos contextos de cada pessoa. Na contemporaneidade, e, em especial, com o declínio democrático vivenciado, a ordem constitucional e política dos Estados de Direito tem demonstrado que os lírios não nascem meramente das normas constitucionais, sendo preciso de concretude, de participação constante dos atores políticos e institucionais nas disputas daqueles que, por meio de falas ou atos, pretendem a destruição da própria Constituição.

A par das profundas discussões a respeito da definição da figura do *Guardião da Constituição*, fato é que a influência do Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade esteve presente nas diversas formulações constitucionais dos Estados Contemporâneos. Para muitos destes, foi se consolidando o entendimento de que à Suprema Corte ou ao Tribunal Constitucional caberia dar a última palavra sobre as disputas constitucionais. Esta ideia passou a ser rechaçada pelo constitucionalismo popular, corrente teórica que ganhou força no início do século XXI no âmbito acadêmico estadunidense e que preceitua que as decisões sobre matérias constitucionais controversas de uma dada sociedade não podem ficar restritas ao âmbito das Cortes Constitucionais e dos Tribunais Constitucionais, mas exigem a participação ativa do povo.

Estas discussões igualmente frutificaram e frutificam no cenário brasileiro. Desenhou-se um modelo constitucional no pós-88 que concedeu poderes bastante amplos ao Supremo Tribunal Federal, razão pela qual foi este atribuído, por parte da doutrina e por si mesmo, como o intérprete final da Constituição. O alegado papel de máximo intérprete não passou ileso no cenário brasileiro; mas, ao contrário, foi contestado pela literatura, sob a influência das teorias do constitucionalismo popular, e por propostas de alterações normativas no âmbito do Congresso Nacional.

Há, porém, a emergência de um novo elemento no cenário: a ascensão do populismo de extrema-direita à Presidência da República, que, desde a campanha em 2018 até os dias atuais, guarda um constante embaite com o Supremo Tribunal Federal, em busca de seu enfraquecimento,

velada ou explicitamente, por meio, dentre outros, da limitação de seus poderes, da destituição ou da nomeação de novos membros e do descumprimento de suas decisões.

A partir da compreensão do papel corrente do Supremo Tribunal Federal entre o clássico debate entre Kelsen e Schmitt, necessariamente oxigenado pelas críticas doutrinárias contemporâneas, este artigo tem o objetivo de verificar se o enfraquecimento pretendido pelo populismo autoritário brasileiro ao Tribunal reflete, ou não, os cânones do constitucionalismo popular.

Para isso, discorre inicialmente sobre a clássica (e atual) polêmica entre Hans Kelsen e Carl Schmitt a respeito da definição da figura do *Guardião da Constituição*, tratada em célebres discussões travadas entre os autores no início do século XX. Em seguida, explora as ideias centrais do constitucionalismo popular e as suas influências na literatura jurídica brasileira pós-redemocratização para a desconstrução da ideia do Supremo Tribunal Federal como o único, ou mesmo o principal, guardião da Constituição.

É apresentado, então, o cenário atual, marcado pela vitória de um populismo de extrema-direita no Brasil nas eleições à Presidência da República em 2018, que possui como um dos principais enfoques a busca por esmorecimento da Corte, para responder à questão levantada pelo artigo. Frente, assim, aos panoramas levantados, são identificadas as concordâncias e/ou as dissonâncias deste fenômeno autoritário com o constitucionalismo popular, propondo-se, numa reflexão crítica, ponderações acerca do populismo brasileiro a partir das teorias tratadas, notadamente a política em sua acepção schmittiana.

2. DOIS INFLUXOS DO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO: A CLÁSSICA (E ATUAL) POLÊMICA ENTRE HANS KELSEN E CARL SCHMITT

As reflexões em torno da definição do *Guardião da Constituição* partem da premissa de que a consecução dos objetivos delineados pelo constituinte pressupõe a criação de mecanismos institucionais que reafirmem a autoridade do texto constitucional quando algum de seus dis-

positivos é violado.³ Porém, a quem deve ser outorgada tal incumbência? Em outras palavras, qual deve ser a autoridade responsável por reiterar a força normativa da Constituição quando algum ato comissivo ou omisivo tende a miná-la?

Tais indagações certamente não são novas no universo jurídico, sendo possível remontá-las às célebres discussões travadas entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, no início do século XX.⁴ Em suas contendas teóricas, esses juristas dialogavam sobre qual das instâncias do Estado deteria melhores atributos para desempenhar o papel de defensor das normas constitucionais – isto é, quem deveria ser o *Guardião da Constituição*.

Por um lado, Kelsen (2003, p. 150-155) propugna que as incumbências relacionadas à defesa das cláusulas constitucionais estariam inteiramente acometidas a um Tribunal Constitucional, órgão que, em posição semelhante à de um *legislador negativo*, exerceria o controle de constitucionalidade para fins de extirpar do ordenamento jurídico as disposições legais que se mostrassem incompatíveis com a Constituição. Por outro, Schmitt defende que tal papel deveria ser desempenhado pelo Presidente do *Reich*, tendo em vista que se tratava da autoridade eleita pelo povo e responsável por materializar os desígnios da nação (BERCOVICI, 2003, p. 196).

Para defender a sua tese, Kelsen destaca que o Tribunal Constitucional seria a única instância capaz de se manter imparcial durante a aferição da constitucionalidade de leis e regulamentos, pois, ao contrário do que ocorre com os Poderes Executivo e Legislativo, esta instância jurisdicional não possuiria qualquer contato com o processo de criação dos atos legislativos. Nenhuma instância seria tão pouco idônea para avaliar os vícios dos atos legislativos do que aquela responsável por os criar, mormente porque, nas palavras do autor, “nenhum outro princípio técnico jurídico é tão unânime quanto este: ninguém pode ser juiz em causa própria” (KELSEN, 2003, p. 240). Na visão de Kelsen seria totalmente inviável outorgar ao presidente da República ou ao Parlamento a função

3 Em certa medida, é o que afirma Paulo Bonavides, ao apontar que “duas são as condições da justiça constitucional: uma, de caráter jurídico-formal, outra, de caráter político-substancial, cifrada no pluralismo das forças constitucionais; a primeira, teórica, a segunda, pragmática” (BONAVIDES, 2004, p. 127).

4 Para maiores informações sobre o debate traçado entre os autores, confira-se: SCHMITT, 2007; KELSEN, 2003, p. 239-298.

de *Guardião da Constituição*, na medida em que esses não deteriam a capacidade institucional necessária para julgar controvérsias constitucionais de maneira imparcial.

Além disso, Kelsen denota que os Tribunais Constitucionais ocupam uma posição privilegiada na equalização de conflitos constitucionais porque não possuem nenhum compromisso com eventuais maiorias formadas na seara eleitoral ou parlamentar, circunstância que fortaleceria a sua imparcialidade e a capacidade para a proteção das prerrogativas de grupos vulneráveis.⁵

De outro giro, Carl Schmitt revela profundas divergências quanto à capacidade do Judiciário de performar a defesa da Constituição. Na sua visão, “a unidade e a ordenação de uma Constituição residem na existência da unidade política de um povo, ou seja, do Estado”, razão pela qual “toda lei, inclusive a constitucional, para ser válida, necessita, em última instância, de uma decisão política prévia, adotada por um poder politicamente existente” (BERCOVICI, 2003, p. 197). Isso significa que, para ele, a decisão a respeito da constitucionalidade de uma norma não reside no ambiente *jurídico*, mas essencialmente no ambiente da *política*. Na conhecida teorização de Schmitt (2008, p. 28), o núcleo conceitual da *política* reside nas práticas de diferenciação entre *amigo* e *inimigo*, sendo este classificado como o “outro, o desconhecido e, para sua essência, basta que ele seja, em um sentido especialmente intenso, existencialmente algo diferente e desconhecido, de modo que, em caso extremo, sejam possíveis conflitos com ele”.

Por estarem envoltas na seara política, as decisões de caráter constitucional se afastam dos escopos da atuação jurisdicional, motivo pelo qual Schmitt conclui que os Tribunais não são instâncias aptas à defesa da Constituição. Para ele, somente as instâncias efetivamente ligadas à atuação política poderiam desempenhar adequadamente tal papel,⁶ mormen-

5 Como destaca Carlos Bruno Ferreira Silva, na visão de Kelsen, “seria ingenuidade supor que este Poder [Legislativo] revogaria seus próprios atos. A independência necessária para atacar tais atos tornava imperioso que tal instituição se encontrasse à parte das demais esferas do governo” (SILVA, 2005, p. 34).

6 Neste sentido, Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia, ao descrever os contornos da doutrina de Carl Schmitt, sintetiza que “a Constituição, como decisão política de um povo, tem de ser protegida politicamente” (BAHIA, 2004, p. 96).

te o Parlamento e a Presidência da República. Nada obstante, Schmitt aponta que o Presidente da República é a autoridade mais apta a exercer o papel de *Guardião da Constituição*.

Tal perspectiva decorre, primeiramente, de uma profunda desconfiança que Schmitt (2007, p. 36-37) externa em relação à falta de homogeneidade política no Parlamento. Ao analisar seus escritos, a doutrina explica que o autor entende que o Parlamento, a partir do momento em que começou a admitir a participação de múltiplos grupos na formulação de suas políticas, tornou-se incapaz de lidar com as crises econômicas, sociais e políticas surgidas em meados do século XX (BERCOVICI, 2003, p. 197). Daí a conclusão de que apenas o Presidente do *Reich*, eleito pela vontade popular, seria idôneo para defender a Constituição e, assim, conferir unidade aos desígnios políticos de seu povo. Consoante as ponderações de Gilberto Bercovici (2003, p. 198), a visão de Schmitt é caracterizada pela noção de que somente o Presidente do *Reich* seria capaz de unificar os desígnios sociais e econômicos da nação, motivo pelo qual “o Presidente seria o protetor e o guardião da unidade da Constituição e da integridade da nação”.

Outrossim, verifica-se que a divergência dos autores também decorre de uma visão distinta a respeito da hermenêutica jurídica, da função da jurisdição e, ao fim, da própria Teoria do Direito.

Schmitt afirma que a função jurisdicional consiste na mera subsunção do fato à norma, de modo que ao Judiciário competiria tão somente *declarar* o sentido que o legislador já havia atribuído à lei. Dessa maneira, o raciocínio por ele perfilhado se coaduna com uma lógica próxima ao método exegético, na qual o ofício hermenêutico do juiz não detém qualquer carga *criativa*.⁷ Nesse sentido, assevera que os Tribunais Constitucionais somente detêm legitimidade para aplicar normas constitucionais cujos significados defluam da literalidade do texto, de modo que a defi-

7 “A sentença judicial é, para Schmitt, a subsunção do fato à norma, subsunção esta que precisa ser determinada previamente pela lei. Desta forma, o Poder Judiciário não pode estar acima do legislador e da lei. [...] Esta concepção seria fruto da lógica abstrata do normativismo positivista. Na realidade, o que ocorre é a aplicação da norma a um conteúdo, ou seja, o problema é do conteúdo das normas jurídicas. Como a questão central é a determinação do conteúdo da norma, para Schmitt este problema é da legislação, não da justiça” (BERCOVICI, 2003, p. 196-197).

nição do sentido hermenêutico de expressões constitucionais duvidosas extrapola o escopo da jurisdição.⁸

Por sua vez, Kelsen possui entendimento diverso no que diz respeito ao ofício hermenêutico. No bojo de sua “Teoria Pura do Direito”, o autor descreve que a interpretação jurídica, embora circunscrita aos núcleos semânticos delineados no texto legal, está abarcada por uma dose de *criatividade* por parte do julgador. É o que assinala Hans Kelsen (1998, p. 247) na sua conhecida metáfora da “moldura normativa”, durante a qual discorre que o “resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro dessa moldura existem”.

Daí desponta a profunda cizânia dos autores em relação à natureza do ofício judicante. Schmitt propõe que a decisão sobre a constitucionalidade de leis extrapolaria os limites da função jurisdicional, na medida em que aos magistrados competiria tão somente aplicar o conteúdo literal das disposições legais, não podendo lhes negar vigência, tampouco manifestar qualquer ímpeto criativo no sentido de alterar o significado do texto formulado pelo Parlamento. Ao seu turno, Kelsen (2003, p. 251) entende que qualquer decisão jurisdicional inarredavelmente estará abarcada por um grau – ora maior, ora menor – de criatividade na definição do significado normativo assumido pelo texto legal, razão pela qual também está grafada por um caráter político.⁹ Nada obstante, ressalva que, embora “a função de um tribunal constitucional tem um caráter político de grau muito maior que a função de outros tribunais”, isso não significa

8 Neste sentido, Schmitt aponta que “toda a justiça está vinculada a normas e cessa quando as próprias normas tornam-se duvidosas e discutíveis. Conseqüentemente, em um Estado como o atual Reich alemão, o direito de exame judicial depende de normas que possibilitem uma subsunção correspondente ao fato típico” (SCHMITT, 2007, p. 28).

9 Nesse sentido, vale reproduzir as conhecidas lições do jurista austríaco: “Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou outro, está lhe conferindo um poder de criação do direito, e, portanto, um poder que dá à função judiciária o mesmo caráter ‘político’ que possui – ainda que em maior medida – a legislação. Entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa” (KELSEN, 2003, p. 251).

dizer que “ele não seja um tribunal; que sua função não seja jurisdicional; e menos ainda: que tal função não possa ser confiada a um órgão dotado de independência judiciária” (KELSEN, 2003, p. 253).

Apesar da distância temporal que separa as cogitações de Kelsen e Schmitt do cenário jurídico contemporâneo, as suas teorizações notoriamente permanecem na conjuntura brasileira (LIMA, 2003, p. 204). No entanto, o contexto jurídico e político contemporâneo, permeado por elementos e por complexidades distintos daqueles vislumbrados por Kelsen e Schmitt, traz consigo uma indagação: o Judiciário *ainda* deve ser o portador da última palavra a respeito do significado da Constituição?

A retomada desta questão se mostra fundamental para se refletir sobre duas visões extremadas do debate constitucional: de um lado, a supervalorização do papel dos Tribunais, que não permite à população a participação no processo de interpretação constitucional; de outro, a propagação de um discurso autoritário no qual um único líder que se autointitula porta-voz simbólico do povo para cooptar inteiramente os rumos da vivência constitucional.

3. CHAMAMENTO DO POVO À ESFERA DE TOMADA DE DECISÕES: O CONSTITUCIONALISMO POPULAR E OS SEUS REFLEXOS NO BRASIL

A ideia de um papel de maior proeminência do Poder Judiciário, na qual este é incumbido de decidir sobre a compatibilidade de normas jurídicas com a Constituição e, desta forma, de dar respostas a questões constitucionais controversas na sociedade civil, espalhou-se para além do modelo de jurisdição constitucional pensado por Hans Kelsen. Nos séculos XIX e XX, os diferentes países construíram sistemas de controle de constitucionalidade com características, formas e modelos próprios; tendo muitos deles atribuído a possibilidade de um controle judicial de constitucionalidade, seja de forma concentrada ou difusa, seja numa modalidade concreta ou abstrata.

Embora rotineiramente se afirme que o caso *Marbury versus Madison*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América em 1803, inaugurou, de forma pacífica naquele país, o entendimento de que à Suprema Corte cabe dar a última palavra sobre questões constitucionais, esta interpretação é desafiada por Vera Karam de Chueiri e Miguel Gualano de Godoy (2017) sob uma perspectiva histórica e de filosofia constitucional.

Em referência às críticas à construção histórica do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos de Larry Kramer,¹⁰ referidos autores destacam que, no período de fundação do país, “os norte-americanos não só concebiam, como apoiavam o governo popular”, tendo, por muitas vezes, conclamado o direito de interpretar a Constituição e de definir os seus significados; “afinal, a Constituição norte-americana havia sido produto de uma mobilização fundamentalmente popular” (CHUEIRI; GODOY, 2017, p. 58-59).

Este processo histórico não foi linear, mas marcado, a partir do início da década de 1840, por uma “alternância entre momentos de opção pela tradição do constitucionalismo popular e momentos de deixar as decisões para os juízes e as cortes” (CHUEIRI; GODOY, 2017, p. 86). Sublinham, neste sentido, como “a crença de que uma Constituição limita o governo e pode ser demandada pelo povo fez e ainda faz sentido”; pois, para Larry Kramer, “um tal envolvimento do povo nas controvérsias constitucionais da fundação até os dias de hoje deve ser resgatada como estratégia para (re)moldar nosso Direito, nossas instituições e nossa vida em comunidade” (CHUEIRI; GODOY, 2017, p. 71-72).

Enquanto teórico do constitucionalismo popular, Kramer sintetiza a diretriz central desta corrente de pensamento: promover um chamado do povo à esfera de tomada de decisões, que não deve ficar restrita ao âmbito das Cortes Constitucionais e dos Tribunais Constitucionais. Entretanto, a maneira como isto será feito, consistente no quanto de poder que se retirará das Cortes e dos Tribunais e na forma como se canalizarão as manifestações da participação popular, distingue-se nas diferentes linhas de pensamento, notadamente de Kramer, Richard Parker,

10 Para maiores informações sobre as teorizações do autor: KRAMER, 2004; KRAMER, 2011.

Jeremy Waldron e Mark Tushnet.¹¹ Este último, por exemplo, perfilha a ideia do *weak judicial review*, que permite que “maiorias formadas por legislações ordinárias possam se sobrepor às interpretações judiciais sobre a Constituição em um relativo curto prazo” – o que responderia ao problema próprio do *strong judicial review* de que Cortes com um *pedigree* democrático menor invalidem decisões tomadas por órgãos com maior *pedigree* democrático (TUSHNET, 2003, p. 2786).

De toda a sorte, há, aqui, uma importante questão a ser pontuada. Na visão de José Ribas Vieira, Lilian Márcia Balmant Emerique e Jônatas Henriques Barreira (2018, p. 281), os questionamentos nos Estados Unidos quanto à legitimidade democrática da Suprema Corte para a realização do controle de constitucionalidade são complexos, pluripartidários e até mesmo pluri-ideológicos. A atuação conservadora da Corte, por exemplo, na década de 30, ao analisar, leis econômicas do *New Deal* levou às propostas de *court-packing* por Franklin Roosevelt, relativas ao aumento de membros da Corte e à aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade, e de retirada pelo Congresso Nacional da possibilidade de que a Suprema Corte desse a última palavra sobre questões constitucionais, ambas à época derrotadas. “A Constituição”, disse Roosevelt, “foi um documento para o homem comum, e não um contrato entre advogados” (CHUERI; GODOY, 2017, p. 97).¹²

A noção, portanto, de um constitucionalismo ligado ao povo e por ele construído não se restringe à corrente do constitucionalismo popular que ganhou força no início do século XXI no âmbito acadêmico dos Estados Unidos, mas remonta a contextos anteriores, que, como se vê da experiência estadunidense, podem estar ligados à própria elaboração da Constituição. E é isso que os autores do constitucionalismo popular pretendem destacar: as matérias constitucionais não podem, até porque nem sempre foram, ser decididas em última instância apenas pelas Cor-

11 Para um aprofundamento quanto às ideias de cada qual, ver: VIEIRA; EMERIQUE; BARREIRA, 2018.

12 O discurso proferido no dia 17 de setembro de 1937 também pode ser acessado na íntegra no sítio eletrônico da “*The American Presidency Project*”. Disponível em: <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/address-constitution-day-washington-dc>. Acesso em: 10 ago. 2021.

tes e Tribunais Constitucionais, mas por meio da participação ativa do próprio povo.

Como se operar isto em um ordenamento jurídico como o estadunidense, no qual a ideia da Suprema Corte como a detentora da última palavra sobre a Constituição se consolidou a partir das últimas décadas do século XIX e permanece sendo reafirmada? Deve a Corte, ainda assim, manter algum papel na vida institucional do país?

As respostas, como anteriormente ressaltado, diferem nas linhas teóricas de pensamento do constitucionalismo popular. Os modelos apresentados por Kramer, Richard Parker, Jeremy Waldron e Mark Tushnet, segundo análise de José Vieira, Lilian Emerique e Jônatas Barreira (2018, p. 283-284), possuem como alvo em comum a supremacia judicial, mas não necessariamente a revisão judicial. Esta pode, a depender, permanecer atuante, embora possa ocasionalmente ter as suas decisões superadas por outros atores, judiciais ou extrajudiciais, ou mesmo ser eliminada da cultura constitucional.

Tom Donnelly, ao analisar as críticas tecidas à teoria de Kramer, destaca que esta, na versão revisada do teórico, não defende um sistema de *supremacia legislativa* como fazem Mark Tushnet e Jeremy Waldron, mas permanece reservando um papel à Corte. Desta forma, apesar de o povo deter a palavra final nas questões constitucionais, isso se deve conferir a partir de uma deliberação pública guiada por uma liderança das elites, numa “conversa dinâmica entre advogados e não-advogados, elites e cidadãos comuns, juízes e representantes eleitos” (DONNELLY, 2011, p. 174-175).

A preocupação central de Kramer, como acima ressaltado, é a aquiescência que o povo estadunidense hodiernamente conferiu à supremacia judicial, mesmo não sendo este um fato decorrente da história constitucional dos Estados Unidos. Por isso, o teórico defende um rearranjo institucional para impor restrições ao poder da Corte e para abrir novos meios de participação popular. Rearranjo este que, na leitura de Donnelly (2011, p. 168-174), foi refinado em suas mais recentes teorizações para se afastar de uma *supremacia legislativa* e se aproximar, à luz de James Madison, de uma *democracia deliberativa*, ou seja, de um sistema

guiado por um julgamento racional do povo, por meio de um sistema institucional complexo que force deliberações públicas mais robustas.

Neste sentido, vê possíveis remédios quando a Corte vai longe demais na visão do povo, como, por exemplo, o *impeachment* de juízes, o corte de verba da Corte, o descumprimento de ordens pelo Presidente, a retirada ou a diminuição de sua jurisdição pelo Congresso, a nomeação de novos membros, a atribuição de novas competências e a possibilidade de revisão de seus procedimentos (DONELLY, 2011, p. 176). Entretanto, entende Donnelly (2011, p. 176) que “essas medidas são inadequadas para os desafios específicos a que o sistema constitucional se depara e possivelmente perigosas à causa do constitucionalismo popular”, razão pela qual o autor propõe outras, focadas na renovação da participação e da confiança cívicas e na reforma institucional, estando, dentre elas, a possibilidade de oposição de um veto popular (*people's veto*) das decisões emitidas pela Suprema Corte, desde que emitidas por um placar de votos de cinco a quatro (*five-to-four decision*) (DONELLY, 2011, p. 177-194).

Vê-se, portanto, que os mecanismos propostos por diferentes autores do constitucionalismo popular estão ligados à busca por maior democratização da revisão judicial ou, de forma mais radical, à busca pela sua própria extinção. Ainda que sejam propostas plurais, esta corrente possui dois objetivos comuns: o de apresentar uma crítica à supremacia judicial e o de fomentar maior participação do povo na tarefa de interpretação da Constituição – questões essas que não passaram ilesas no cenário jurídico brasileiro.

A Constituição brasileira, promulgada em 1988, não adotou o modelo de Tribunal Constitucional pensado por Kelsen ao Supremo Tribunal Federal, mas conferiu a este um leque diverso de competências. Dentre elas, a previsão do controle judicial concentrado de constitucionalidade no sistema brasileiro, ao lado do controle difuso, demonstra, conforme destacam Miguel Godoy e Vera Chueiri (2016, p. 44), como “a influência de Kelsen na teoria constitucional permanece vigorosa”.

Ainda que no início dos anos 90 o Tribunal tenha optado por uma jurisprudência autorestritiva em relação a alguns dos poderes a ele conferidos pela Assembleia Nacional Constituinte (ARGUELHES, 2014), esta posição não se manteve incólume nos anos seguintes. Motivada pelos es-

critos de Konrad Hesse, a “doutrina brasileira da efetividade” ganhou força na literatura durante a década de 90, a sua essência, como resume Luís Roberto Barroso (2014, p. 5), foi a de “tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa”, sendo este também considerado um papel da adjudicação.

O Supremo Tribunal Federal, também influenciado por esta teoria, passou, ao longo das décadas seguintes, a se colocar em maior presença na vivência institucional. Em busca de dar amplitude a direitos fundamentais, proferiu decisões sobre questões constitucionais à época (e mesmo até os dias atuais) controversas, como, por exemplo, a possibilidade de pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI nº 3510, 2008), a legitimidade da realização da “Marcha da Maconha” (ADPF nº 187, 2011), o reconhecimento da união estável homoafetiva (ADI nº 4277 e ADPF nº 132, 2011), e a inconstitucionalidade da criminalização de interrupção da gestação de feto anencéfalo (ADPF nº 54, 2012).

A presença mais marcante do Supremo na arena decisória foi marcada pela adoção de “um comportamento juriscêntrico, que enfatiza a interpretação judicial da Constituição e confere pouca importância à interpretação realizada fora das cortes” (GODOY, 2017, p. 61). A ideia do Tribunal como o detentor da última palavra sobre questões constitucionais, defendida por parcela da doutrina, foi por ele afirmada e reafirmada.¹³

Esta postura foi analisada criticamente pela literatura nos últimos anos, também sob influência da corrente do constitucionalismo popular e de suas derivações. Conrado Hübner Mendes, a partir das teorias, dentre outros, de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron, destaca a necessidade de se discutir a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, sem a rejeitar de pronto, mas tampouco a considerar como uma decorrência automática da supremacia da Constituição. Deve, pois, a teoria constitucional, nesta justificação, levar em conta as “plausíveis

13 Em 2012, por exemplo, o Ministro Celso de Mello, após decisão do Plenário sobre a perda de mandato de parlamentar por condenação criminal na última sessão de julgamento da Ação Penal nº 470, sustentou, em citação a Rui Barbosa, que “[...] O Supremo Tribunal Federal, não sendo infalível, pode errar. Mas a alguém deve ficar o direito de errar por último, a alguém deve ficar o direito de decidir por último, de dizer alguma coisa que deva ser considerada como erro ou como verdade” (Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=p8i6IIHFQP8>. Acesso em: 20 jul. 2021).

desconfianças de que o caminho jurisdicional não é o melhor nem mais justificado meio de proteger direitos” (MENDES, 2008, p. 194).

Igualmente tomando o constitucionalismo popular como ponto de partida, Miguel Godoy (2017, p. 167) destaca a necessidade de o Supremo Tribunal Federal ser compreendido, numa perspectiva dialógica e deliberativa, “não como o guardião detentor da última palavra sobre a interpretação da Constituição, e sim como o guardião de mais uma importante e necessária voz na definição do significado da Constituição”. A atuação da Corte, assim, não guia a uma última palavra, mas a uma “última palavra provisória”, capaz de instar o encerramento ou a continuidade da política democrática por parte do Legislativo (GODOY, 2017, p. 167).

A busca deste equilíbrio é também debatido nas próprias discussões do constitucionalismo popular. O constitucionalismo democrático defendido por Robert Post e Reva Siegel, ao passo que reconhece a importância da interpretação judicial, busca dar luz à participação da cidadania, diretamente ou por meio de seus representantes, na interpretação constitucional (VIEIRA; EMERIQUE; BARREIRA, 2018, p. 294-296). Dentro desse paradigma de integração do povo à tomada de decisões constitucionais, destaca Katya Kozicki (2015, p. 193) que “tem-se como indisputável que as manifestações e/ou reações populares contrárias à interpretação da Constituição e da legislação em geral feitas pelo Poder Judiciário ampliam a legitimidade democrática do sistema jurídico como um todo”, uma vez que questionam “a própria legitimidade democrática do STF como último e/ou único leitor privilegiado do texto constitucional e o processo de judicialização da política como um todo”.

A questão não passou despercebida de propostas de alterações normativas no âmbito do Congresso Nacional. A Proposta de Emenda Constitucional nº 33/2001, por exemplo, buscou alterar a quantidade mínima de votos de membros de Tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis, condicionar o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submeter ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição – mas, apesar de ter causada ampla repercussão no âmbito jurídico, político e acadêmico, à época acabou sendo arquivada no início de 2015.

Ao longo dos anos, o próprio Supremo Tribunal Federal passou a reconhecer a sua limitação institucional, de forma a não se postar como o único guardião da Constituição, mas a expressamente aventar que o Legislativo “[...] pode trazer novos fundamentos ou enquadramentos que inspirem na Corte Suprema uma releitura da constitucionalidade da questão”, mormente nas hipóteses em que os fundamentos coligidos pelo parlamento são “acompanhados de uma mudança no contexto fático e normativo subjacente, razão pela qual a *práxis* dialógica prestigia a pluralidade de intérpretes do texto constitucional e o comprometimento democrático do eleitorado [...]” (STF, ADI 4579/RJ, j. 13/02/2020).

Não obstante, é inegável a permanência do Tribunal como um ator determinante na definição de questões constitucionais, políticas e institucionais do país. Sua atuação permanece sob olhar crítico da literatura, por, na visão de cada qual dos analistas, ser inerte no cumprimento de seu papel constitucional e/ou proferir decisões para além de sua esfera de competência e/ou emanar juízos de forma dissonante à Constituição. Depara-se, contudo, com um cenário diverso, decorrente da ascensão do populismo de extrema-direita à Presidência da República em 2019, que, ao passo contrário de aperfeiçoar a jurisdição constitucional, busca enfraquecê-la ou destruí-la; tema que será objeto de análise no item seguinte.

4. A ASCENSÃO DO POPULISMO BRASILEIRO E A BUSCA DE ENFRAQUECIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

As democracias contemporâneas, apesar da construção teórica constitucional empreendida após a Segunda Guerra Mundial, na qual se pôs à reflexão das tragédias perpetradas por regimes totalitários, vivenciam em diversas partes do mundo, notadamente no Leste Europeu e na América Latina, uma forte retroação democrática. Nos últimos anos, a literatura especializada passou a se debruçar sobre essas instabilidades nos sistemas jurídicos, por meio do estudo, dentre outros, da erosão democrática, do constitucionalismo abusivo, do legalismo autoritário e do *lanfzare*.

O constitucionalismo abusivo, cunhado por David Landau (2013, p. 195), consiste no “uso de mecanismos de mudança constitucional para

tornar um Estado significativamente menos democrático do que era anteriormente” – fenômeno que, à época do diagnóstico feito pelo autor, em 2013, demonstrava-se na Hungria, no Egito e na Venezuela. Por sua vez, o legalismo autoritário, sobre o qual Kim Lane Scheppele (2018, p. 548) discorre, caracteriza-se quando líderes carismáticos pretendem sequestrar o constitucionalismo liberal por meio do uso de métodos constitucionais ou legais, “no intento de se beneficiar da aparência de democracia e de legalidade em seus Estados”.

No Brasil, a retroação democrática se tem operado muito antes da campanha à Presidência da República em 2018. Além do questionamento ao resultado das eleições de 2014 formulado pelo candidato derrotado perante o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), por meio do pedido de auditoria, o segundo mandato da Presidência de Dilma Rousseff foi interrompido em 2016 por um processo de *impeachment* juridicamente controverso, pautado por supostas violações de caráter orçamentário, que deram azo à assunção do Governo Temer, o qual atuou sob um programa de governo contrário ao proposto nas eleições presidenciais.

Mesmo sem considerar ter sido este um golpe de Estado, Estefânia Maria Queiroz Barboza e Ilton Norberto Robl Filho (2019, p. 94) atentaram àquilo que chamaram de um “constitucionalismo abusivo episódico” no país, consistente na “utilização de alguns mecanismos previstos na Constituição Federal de 1988 contra aspectos do Estado Democrático de Direito”; o que se postaria como “preocupante especialmente em razão da ocorrência de dois *impeachments* em 30 anos”.

Em leitura diversa, Vera Karam de Chueiri e Katya Kozicki (2019, p. 172) partem do pressuposto de que o *impeachment* de Dilma Rousseff consistiu num golpe parlamentar e constitucional e que a partir da recusa à revisão da Lei da Anistia e deste momento, “o Brasil começou a perder a democracia”. Apontam, em referência a Cristiano Paixão, que se vivencia no país uma crise desconstituente, de uma “desfiguração das promessas constitucionais forjadas no pacto de 1988”, dentre as quais o “quadro de direitos fundamentais, que é o núcleo da CF” (CHUERI; KOZICKI, 2019, p. 172-173).

Se, de um lado, a decadência democrática e a crise constitucional se colocavam no Brasil previamente às eleições em 2018 à Presidên-

cia da República, de outro, o resultado destas inegavelmente agudizou o cenário, em especial no tocante à relação entre o Supremo Tribunal Federal e a política representativa. A candidatura vitoriosa no pleito tensionou a atuação do Tribunal, desde a época das campanhas eleitorais, sob uma retórica de um candidato autocrático que, como destacam Estefânia Barboza e Adriana Inomata (2019, p. 428), advoga firmemente por “propostas de aparelhamento do STF, enfraquecimento de instituições e mecanismos de *accountability* e violações às liberdades civis”.

Neste cenário, o mote das críticas à atuação do Supremo Tribunal Federal gravita em torno da ideia de que há uma espécie de *déficit democrático* na resolução de conflitos constitucionais, na medida em que os posicionamentos externados nos julgamentos da Corte não têm refletido os *reais anseios do povo*. Em discurso proferido em 17/06/2020, durante a solenidade de posse do Ministro da Comunicação, o Presidente da República, ao cumprimentar o *povo*, afirmou que “[...] não são as instituições que dizem o que o povo deve fazer. É o contrário. O povo é que diz o que as instituições devem fazer. [...]”¹⁴

Pode-se dizer que a fala do Presidente da República, em certa medida, reflete um questionamento legítimo, tendo em vista que suscita uma crítica ao exacerbado protagonismo das Cortes no processo de resolução de conflitos sobre a interpretação da Constituição. Como visto, esse é o cerne do argumento carreado pelo constitucionalismo popular, que, segundo Tom Donnelly (2011, p. 162), é guiado por uma “crença comum de que o povo (e os seus representantes eleitos) deve desempenhar um papel contínuo na formação do significado da Constituição”¹⁵.

Desta forma, numa análise açodada, poder-se-ia concluir que a fala do Presidente da República evoca preocupações similares àquelas vislumbradas no constitucionalismo popular: a excessiva predominância das Cortes na definição do significado das cláusulas constitucionais e a exclusão dos demais segmentos da sociedade desse processo. No entanto, a compatibilidade do populismo brasileiro com o mote do constitucio-

14 Disponível em: <https://youtu.be/DP1nyojnYDI?t=2410>. Acesso em: 31 jul. 2021.

15 Vale ressaltar que o excerto sofreu uma singela adaptação na tradução ora apresentada, pois Tom Donnelly, na passagem original de seu texto, faz menção ao “povo Americano” (*the American people*).

nalismo popular é meramente ilusória, uma vez que os posicionamentos perfilhados pela atual Presidência da República e por seus apoiadores contrariam os cânones mais elementares desta corrente teórica.

Um primeiro ponto que pode ser destacado diz respeito às tentativas de *neutralização* absoluta do papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal. O sistema político brasileiro tem convivido com um cenário no qual o Executivo, e parte de seus aliados no Legislativo, desferem uma série de ataques simbólicos ao Tribunal que visam a seu enfraquecimento, seja por vias institucionais, seja por vias não institucionais, com sérias repercussões no cotidiano da política do país.

No plano simbólico, não são raras as ocasiões em que o Presidente Jair Bolsonaro lança mão do espaço midiático para descredibilizar Ministras e Ministros do Supremo e, conseqüentemente, minar o capital político da Corte. Na ocasião em que o Ministro Alexandre de Moraes suspendeu monocraticamente a nomeação de Alexandre Ramagem para o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal,¹⁶ o Presidente, após ter ciência da decisão, insinuou que a nomeação do magistrado teria decorrido tão somente de sua relação de amizade com Michel Temer, que ocupava o cargo de Presidente da República à época em que esse foi indicado ao cargo.¹⁷

Outro emblemático episódio de ataque simbólico ocorreu quando o Ministro Roberto Barroso determinou, mediante decisão monocrática, a instauração de Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para apurar as ações e omissões do governo federal no enfrentamento, ou alastramento, da pandemia da COVID-19.¹⁸ Ao tomar conhecimento da determinação, Jair Bolsonaro apresentou um discurso bastante agressivo contra o Ministro, sugerindo que o magistrado teria proferido a decisão com vistas a favorecer interesses escusos.¹⁹

Embora tais ofensivas sejam mais afeitas ao plano simbólico, deram e dão azo a tensões institucionais que atribulam a concretização dos desígnios almejados pelo constituinte e os arranjos de força por ele de-

16 Sobre o ponto: STF, MS 37.097/DF, j. 29/04/2020.

17 Disponível em: <https://youtu.be/bD-PxA7n2fc?t=2>. Acesso em: 31 jul. 2021.

18 Para maiores detalhes sobre o teor da decisão monocrática do Min. Roberto Barroso: STF, MS 37.760/DF, j. 08/04/2021. A decisão foi, posteriormente, referendada pelo Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal.

19 Disponível em: <https://youtu.be/IBw3hKD0q8Y?t=34>. Acesso em: 31 jul. 2021.

lineados. O Presidente, à época em que era candidato, afirmou que, se eleito, iria “elevar o número de ministros do STF de onze para vinte e um”, numa repetição aos atos promovidos pela Ditadura Militar, e busca, já sob o seu governo, revogar a Emenda Constitucional nº 88 e alterar a idade de aposentadoria dos Ministros de 75 para 70, por meio da Proposta de Emenda à Constituição nº 159/19, apresentada por parlamentares aliados na Câmara dos Deputados.²⁰

Além disso, este grupo populista também demonstra uma falta de deferência à autoridade do Supremo Tribunal Federal, tanto pela reiteração de condutas que já foram reputadas inválidas pelo Tribunal, como pela inércia e/ou pela ameaça de descumprimento de decisões por ela emanadas.²¹ O líder do governo na Câmara, deputado Ricardo Barros, do Progressistas do Paraná, afirmou, em junho de 2021, que “[...] o Judiciário vai ter que se acomodar nesse avançar nas prerrogativas do Executivo e Legislativo. Vai chegar uma hora em que vamos dizer que simplesmente não vamos cumprir mais [...]”.²²

O objetivo deste grupo, que hoje ocupa o Poder Executivo Federal, é claro. Os ataques simbólicos ao Supremo Tribunal Federal, o reiterado descumprimento de suas ordens e a falta de deferência a sua autoridade atestam que o intuito não é o de abrandar o ativismo judicial, de modo a assegurar uma participação mais ampla da sociedade nas decisões constitucionais, mas sim o de *neutralizar completamente* o papel desempenhado por um dos atores institucionais na guarda da Constituição.

E, conforme anteriormente apresentado, as linhas teóricas do constitucionalismo popular, apesar de externarem preocupação com a supremacia judicial, não necessariamente tomam a revisão judicial como alvo. Não obstante, mesmo a busca de retirada de poder do Supremo Tribunal Federal intentada por este grupo populista não se equivale às ideias

20 Propostas tratadas em: BARBOZA; INOMATA, 2019, p. 428-430.

21 Neste particular, um recente exemplo que pode ser trazido à lume se trata da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709, que versa sobre a inércia da União Federal em implementar medidas de proteção dos povos indígenas frente ao avanço da COVID-19.

22 Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,lider-do-governo-diz-que-vai-chegar-a-hora-em-que-decisoes-do-judiciario-nao-serao-mais-cumpridas,70003740527>. Acesso em: 31 jul. 2021.

mais radicais do constitucionalismo popular, uma vez que não prega a efetiva participação do povo no debate público, mas busca dismantelar as instituições democráticas para a maior centralização do poder. Não busca, assim, aprimorar os ideais da *democracia deliberativa*, mas os nega.

O constitucionalismo popular defendido por Larry Kramer, na leitura de Tom Donnelly, por exemplo, apregoa que a outorga de sentido às normas constitucionais é o resultado de um *amplo e profundo* diálogo entre os diversos segmentos da sociedade. Neste contexto, embora a opinião pública possua um papel significativo na resolução de conflitos constitucionais, não é, para Kramer, *qualquer* tipo de crença que deve guiar esse processo, mas apenas posicionamentos provindos de um consenso *dialogado e bem-informado* sobre a discussão posta – ou seja, uma opinião pública que “vale a pena ser seguida” (DONELLY, 2011, p. 167). Não se trata, portanto, de seguir as “preferências imediatas do povo”, mas de valorizar “o julgamento fundamentado de uma população deliberativa, guiada em suas reflexões públicas por líderes políticos bem-informados” (DONELLY, 2011, p. 170).

Essa é a completa antítese das práticas perflhadas no populismo brasileiro de Jair Bolsonaro, que estampa um nítido posicionamento *antidemocrático*, numa defesa à volta de regimes autoritários como os vividos no país. Em uma profunda análise dos discursos emitidos pelo Presidente, Priscilla Cabral Dibai (2018, p. 122-128) aponta que o atual governo ostenta uma série de *indicadores antidemocráticos*: crítica às instituições que compõem o organograma democrático; posicionamento refratário à diversidade e ao pluralismo; crença na força e na violência para a resolução de intercorrências sociais; defesa de ditaduras e regimes autoritários; manifestações contrárias ao estado laico; e crença de que a composição democrática do Parlamento e das demais instâncias públicas favorece a corrupção.

Deste quadro, depreende-se que a atuação da Presidência da República é norteadada por uma tendência de refutação do diálogo com os segmentos políticos e sociais que extrapolam o seu grupo de aliados, o que pode ser diagnosticado nos profusos ataques à comunidade LGBTQI+, aos grupos economicamente marginalizados e àqueles vinculados à “esquerda-política” – não raro, taxados pejorativamente de *comunistas* e/ou *petralhas* (DIBAI, 2018, p. 133-142).

Na contramão do que propõe o constitucionalismo popular, o projeto visado pela atual Presidência da República se embasa numa *rejeição* do diálogo público, propondo que os conflitos ligados à interpretação da Constituição sejam resolvidos pela imposição das projeções de seu núcleo ideológico. Ao invés de primar pela formação de uma opinião pública consensual e dialogada, prega-se o discurso de que “as minorias têm que se curvar às maiorias” e de que “as minorias se adequam ou simplesmente desaparecem”.²³

Tal gramática rompe com os alicerces do constitucionalismo popular, eis que o diálogo público proposto pelos adeptos dessa teoria é minado por imposições de uma única instância decisória: o Poder Executivo Federal. Na realidade, os governos populistas incorrem justamente no vício que o constitucionalismo popular pretende combater: a concentração das decisões constitucionais em uma parcela ínfima e pouco representativa da sociedade.

A discussão necessária sobre o ativismo judicial, a judicialização da política e a politização do Judiciário, de há muito empreendida pela Academia e por outros campos políticos, passou, conforme a advertência de Emílio Peluso Meyer, a ser cooptada pela “ultradireita radical que domina a esfera federal de governo no Brasil”.²⁴ Os desígnios do constitucionalismo popular não se confundem com a implementação de uma “ditadura da maioria”, muito menos com a concentração de poderes em uma única instância decisória:

[...] governos populistas que concentram poderes nas mãos de um único Poder (em geral o Executivo) e os governos autoritários que ofendem a vida digna de outros cidadãos não podem se sustentar como regimes constitucionais populares e democráticos, nem mesmo quando apoiados por maiorias, pois se tal situação fosse admitida se estaria a ofender os princípios que fundamentam a própria democracia: o princípio da soberania popular (e não

23 Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/bolsonaro-em-25-frases-polemicas/>. Acesso em: 31 jul. 2021.

24 Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/entrevista/2021/07/26/%E2%80%9880A-ultradireita-cooptou-o-debate-sobre-ativismo-judicial%E2%80%99?posicao-home-direita=2>. Acesso em: 01 ago. 2021.

soberania de um único sujeito) e o princípio de que todos são iguais, possuem o mesmo valor moral e merecem igual consideração e respeito (GODOY, 2017, p. 105-106).

Remanesce, portanto, translúcido que o *povo* no populismo autoritário brasileiro é utilizado na esteira daquilo que Friedrich Müller alcunha de *povo simbólico*, que “consiste em abandonar o povo a si mesmo; em ‘des-realizar’ a população, em mitificá-la”; o qual, “erigido em sistema, induz a práticas extremadas” (2013, p. 63). Bolsonaro autointitula-se, calcado num suposto apoio do *povo*, como a própria Constituição;²⁵ aos demais, que discordem dele ou que profiram decisões contrárias aos seus interesses, como por vezes o fazem integrantes do Supremo Tribunal Federal, cunha de *inimigos da nação*, ou, em linhas claras, *inimigos de seu projeto de poder*.

5. CONCLUSÃO: O CONSTITUCIONALISMO POPULAR, O POPULISMO E A (I)LEGITIMIDADE DA REDUÇÃO DE PODER DAS SUPREMAS CORTES E DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

A discussão clássica entre Hans Kelsen e Carl Schmitt a respeito da figura do *Guardião da Constituição* exerceu inegável influência na teoria constitucional de muitos ordenamentos jurídicos. Se a concepção schmittiana defende que a guarda da Constituição seja prerrogativa do Chefe do Executivo, enquanto autoridade eleita pelo povo e responsável por materializar os desígnios da nação, a kelseniana advoga para que esta seja outorgada a uma autoridade independente e imparcial, na figura de um Tribunal Constitucional.

A Constituição brasileira, promulgada em 1988, não adotou o modelo de Tribunal Constitucional pensado por Kelsen ao Supremo Tribunal Federal, mas conferiu a este um leque diverso de competências, dentre as quais se encontra a previsão do controle concentrado de constitucionalidade – aposta do constituinte para ceifar leis e atos normati-

25 Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/04/democracia-e-liberdade-acima-de-tudo-diz-bolsonaro-apos-participar-de-ato-pro-golpe.shtml>. Acesso em: 12 jul. 2021.

vos inconstitucionais do sistema. Ao mesmo passo em que passou a ter maior presença no cenário institucional pós-1988, o Tribunal afirmou e reafirmou, por muitos anos, a ideia de que seria o detentor da última palavra sobre questões constitucionais, ou seja, de que seria o principal *guardião da Constituição*.

As contribuições do constitucionalismo popular consistem na crítica ao protagonismo judicial e na conclamação a uma participação ativa da cidadania nas decisões relevantes de uma dada sociedade. Legar às Cortes o poder de *dar a última palavra* sobre o significado da Constituição se mostra, neste sentido, de pouca legitimidade democrática, na medida em que inviabiliza que os membros da sociedade civil projetem os seus desígnios na tomada de decisões que diretamente os afetem.

Contudo, o fomento à participação popular é um processo complexo, que não se esgota no mero apelo retórico à figura da *nação* ou de *povo*, mas que exige deliberações robustas e permanentes diálogos entre as instituições, bem como entre essas e a sociedade civil. Para isso, é necessário que as Cortes Constitucionais e os Tribunais Constitucionais não sejam considerados como os únicos, ou mesmo como os principais, intérpretes da Constituição.

O Supremo Tribunal Federal, mesmo que tenha oxigenado o seu discurso mediante as críticas, influenciadas pelo constitucionalismo popular, de forma a se reconhecer como um dentre muitos guardiões da Constituição, mantém-se como um ator determinante na definição de questões constitucionais, políticas e institucionais do país; e, com isso, permanece como um dos alvos de crítica da doutrina especializada.

Embora também parta da crítica à supremacia judicial, o populismo brasileiro de extrema-direita, ascendente com as eleições de 2018 à Presidência da República, veicula propostas totalmente dissonantes dos cânones do constitucionalismo popular. Busca, pois, uma *neutralização absoluta* do papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, por vias institucionais e não institucionais, em violação aos arranjos de força e aos desígnios delineados pela Constituição. E, sobretudo, nega os pressupostos e os ideais da *democracia deliberativa*.

A associação dos projetos populistas à figura do *povo* é meramente retórica, de um *povo simbólico*, tendo em vista que o desrespeito aos Tri-

bunais, os ataques aos grupos vulneráveis e as posturas antidemocráticas têm uma relação muito mais próxima com a política proposta por Carl Schmitt do que com a efetiva participação popular nas decisões constitucionais. Neste particular, o populismo brasileiro capitaneado pelo Presidente Jair Bolsonaro representa este quadro de maneira explícita, no qual os desígnios do *povo* são cooptados por um líder que se autointitula como representante da nação, para rechaçar os interesses dos grupos que são contrários ao seu projeto político, os quais, numa repetição do pensamento schmittiano, são vistos como *inimigos*.

Assim, o populismo brasileiro consiste na deturpação de preocupações legítimas em torno do excessivo protagonismo das Cortes na definição dos significados da Constituição. A retomada dos aportes do constitucionalismo popular pode servir como um importante mecanismo para, por um lado, refrear os ímpetos da supremacia judicial e, por outro, apresentar uma crítica aos projetos populistas que se valem da retórica do *povo* para legitimar ações autoritárias.

Afinal, a guarda da Constituição não deve ser pautada por uma leitura anacrônica do debate entre Kelsen e Schmitt. As instituições do Legislativo, do Executivo e do Judiciário devem se manter como importantes instâncias para a solução de conflitos constitucionais, com, necessariamente, mecanismos para que a cidadania tenha a capacidade de projetar os seus desígnios de maneira informada e dialogada. Do contrário, não há democracia, tampouco constitucionalismo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. **Universitas Jus**, Brasília, v. 25, n° 1, p. 25-45, 2014.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Controle concentrado de constitucionalidade: o “Guardião da Constituição” no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 164, p. 87-103, out./dez. 2004.

BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Constitucionalismo Abusivo. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 12 n. 39, p. 79-97, 2019.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; INOMATA, Adriana. Constitucionalismo Abusivo e o Ataques ao Judiciário na Democracia Brasileira. In: CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; DIAS, Roberto. (Org.). **Crise das Democracias Liberais**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 421-442.

BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, o estado total e o guardião da Constituição. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 1, n. 1, p. 195-201, jan./jun. 2003.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos avançados**, v. 18, p. 127-150, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4579/RJ**, Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 13/02/2020, DJe: 28/04/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 37.097/DF**, Relator Min. Alexandre de Moraes, Decisão Monocrática, 29/04/2020, DJe: 04/05/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 37.760/DF**, Relator Min. Roberto Barroso, Decisão Monocrática, 08/04/2021, DJe: 12/04/2021.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano de. **Marbury versus Madison**: uma leitura crítica. Curitiba: Juruá, 2017.

DIBAI, Priscilla Cabral. **A direita radical no Brasil pós-redemocratização**: o caso de Jair Bolsonaro. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

DONNELLY, Tom. Making Popular Constitutionalism Work. **Wisconsin Law Review**, v. 2012, Harvard Public Law Working Paper n. 11-29, p. 159-194, nov. 2011.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução: Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KOZICKI, Katya. Backlash: as “reações contrárias” à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de et al. (Org.). **O Direito Achado na Rua**: introdução crítica à justiça de transição na América Latina. Brasília: UnB, 2015. vol. 7. p. 192-194.

KOZICKI, Katya; CHUEIRI, Vera Karam de. Impeachment: a arma nuclear constitucional. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, v. 1, p. 157-176, 2019.

KRAMER, Larry. **The People Themselves**: Popular Constitutionalism and Judicial Review. New York: Oxford University Press, 2004.

KRAMER, Larry. **Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad**. Tradução: Paola Bergallo. Madrid: Marcial Pons, 2011.

LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **Davis Law Review**, vol. 47, n. 1, p. 189-260, 2013.

LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A guarda da Constituição em Hans Kelsen. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 1, n. 1, p. 203-209, jan./jun. 2003.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução: Peter Naumann. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 63.

SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic Legalism. **The University of Chicago Law Review**, v. 85, n. 2, p. 545-584, 2018.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SILVA, Carlos Bruno Ferreira. **O guardião da Constituição no Estado Democrático de Direito**. Dissertação (Mestrado em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

TUSHNET, Mark. Alternative Forms of Judicial Review. **Michigan Law Review**, vol. 101, n. 8, p. 2781-2802, 2003.

VIEIRA, José Ribas; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; BARREIRA, Jônatas Henriques. Constitucionalismo popular: modelos e críticas. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 3. p. 277-302, set./dez. 2018.

Erick Kiyoshi Nakamura é beneficiário de auxílio financeiro da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior/Programa de Excelência Acadêmica (CAPES/PROEX).