

PUBLICAÇÃO

91

ISSN: 0101-9562

ISSN ELETRÔNICO: 2177-7055

SEQÜÊNCIA

Publicação do
Programa de Pós-Graduação
em Direito da UFSC

VOLUME 43 ■ ANO 2022

Estudos
jurídicos
e políticos



SEQUÊNCIA – ESTUDOS JURÍDICOS E POLÍTICOS é uma publicação temática e de periodicidade quadrimestral, editada pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC.

SEQUÊNCIA – ESTUDOS JURÍDICOS E POLÍTICOS is a thematic publication, printed every four months, edited by the Program in law of the Federal University of Santa Catarina – UFSC.

Versão eletrônica: <http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia>

Editora-Chefe: Norma Sueli Padilha

Editor Associado: José Sérgio da Silva Cristóvam

Editores Adjuntos: Priscilla Camargo Santos, Thanderson Pereira de Sousa

A publicação é indexada nas seguintes bases de dados e diretórios/
The Publication is indexed in the following databases and directories:

Base OJS	OJS
Base PKP	PKP
CCN (Catálogo Coletivo Nacional)	Portal de Periódicos UFSC
Dialnet	Portal do SEER
DOAJ (Directory of Open Access Journals)	ProQuest
EBSCOhost	SciELO
Genamics Journalseek	Sherpa/Romeo
ICAP (Indexação Compartilhada de Artigos de Periódicos)	Sumarios.org
Latindex	ULRICH'S
LivRe!	vLex

Ficha catalográfica

Seqüência: Estudos jurídicos e políticos. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. n.1 (janeiro 1980)-.

Florianópolis: Fundação José Boiteux. 1980-.

Publicação contínua

Resumo em português e inglês


Versão impressa ISSN 0101-9562

Versão on-line ISSN 2177-7055

1. Ciência jurídica. 2. Teoria política. 3. Filosofia do direito. 4. Periódicos. I. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-graduação em Direito

CDU 34(05)

Catologação na fonte por: João Oscar do Espírito Santo CRB 14/849

PUBLICAÇÃO		SEQÜÊNCIA	Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC	Estudos jurídicos e políticos
				Ano XLIII Volume 43

Os itinerários da politização do Supremo Tribunal Federal: do ativismo ao populismo judicial

The itineraries of the politicization of the Federal Supreme Court: from activism to judicial populism

*Diogo Bacha e Silva*¹

¹Faculdade São Lourenço, São Lourenço, Brasil.

*José Ribas Vieira*²

²Universidade Federal do Rio de Janeiro e Pontifícia Universidade Católica (RJ), Rio de Janeiro, Brasil.

RESUMO: O presente trabalho busca refletir acerca do complexo fenômeno da politização do Supremo Tribunal Federal. Nos caminhos que vão do ativismo judicial ao populismo judicial, busca-se trabalhar cada uma das concepções sob as luzes da teoria da reputação judicial. No começo do século XXI, o Supremo Tribunal Federal demonstrava um alinhamento com a audiência acadêmica. Nesta segunda década do mesmo século, a partir das manifestações de junho de 2013, o Supremo Tribunal Federal começa a praticar um populismo judicial. Assim, mudam-se os parâmetros comportamentais impactando diretamente no conteúdo decisório.

PALAVRAS-CHAVE: Supremo Tribunal Federal. Politização do Judiciário. Teoria da reputação judicial. Ativismo judicial. Populismo judicial.

ABSTRACT: This paper aims to reflect on the complex phenomenon of politicization of the Supreme Court. In the paths that range from judicial activism to judicial populism, we seek to work each conception in the light of the theory of judicial reputation. At the beginning of the 21st century, the Federal Supreme Court showed an alignment with the academic audience. In this second decade of the same century, from the June 2013 demonstrations, the Supreme Court begins to



practice judicial populism. Thus, the behavioral parameters are changed directly impacting the decision content.

KEYWORDS: Supreme Court. Politicization of the Judiciary. Theory of judicial reputation. Judicial activism. Judicial populism.

1 INTRODUÇÃO

Recentemente, a Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Carmen Lucia, declarou que “simplesmente não cede à pressão”. Tal afirmativa condiz com o processo decisório do Supremo Tribunal Federal? Em 2011, durante sessão do plenário, o então Ministro Joaquim Barbosa em discussão com o Ministro Gilmar Mendes bradou para que o mesmo saísse às ruas, fazer o que ele fazia, em clara alusão a ouvir o clamor que adviria da sociedade. O Min. Barroso declarou recentemente que cabe ao judiciário interpretar a Constituição de acordo com o “sentimento social”. Todas essas declarações advindas de ministro do Supremo Tribunal Federal dão a tônica do trabalho.

É compreensível que uma sociedade efetivamente democrática dependa da atuação de um Judiciário forte. A promulgação da Constituição de 1988 e o estabelecimento de um Estado Democrático de Direito estabeleceram uma nova dinâmica na interpretação que o próprio Poder Judiciário faz de sua atividade. A centralidade que ganhou o Poder Judiciário e, sobretudo, o Supremo Tribunal Federal nos 30 (trinta) anos de vigência da Constituição merecem uma análise acurada da teoria constitucional.

Muito embora no início da década de 90, ainda quando pairava no ar o fantasma de décadas de uma ditadura civil-militar, o Supremo Tribunal Federal tenha proferido julgamentos importantes, é somente no final da década de 90 e início do século XXI que, movidos por uma teoria constitucional que, inspirada em teorias alienígenas, a mais alta Corte do país inicia uma nova trajetória e caminhada, assumindo um protagonismo na arena política.

Acompanhar e analisar o itinerário de atuação do Supremo Tribunal Federal é fundamental para se compreender a existência de um fortalecimento institucional, bem como para diagnosticar qual o papel jogado pelo Supremo Tribunal Federal em nossa ainda incipiente tradição democrática. De uma Corte Suprema que, não há muito tempo, clamava pela sua descoberta, tal como nos falou Aliomar Baleeiro (BALEEIRO, 1968), até uma Corte que, sem cerimônia, em dizeres recentes de atual ministro, atua como vanguarda iluminista de nossa sociedade (BARROSO, 2015, p. 25).

Nosso objetivo de pesquisa é explorar a dinâmica e o itinerário utilizado pelo Supremo Tribunal Federal nos caminhos da politização. Por meio de um método jurídico-compreensivo pretendemos, através dos julgamentos importantes proferidos pelo Supremo Tribunal Federal do início do século XXI até a data atual, abordar o problema da politização em diferentes níveis e reflexões distintas, trabalhando especialmente as categorias do ativismo e populismo judicial. Isto é, pretendemos explorar o objeto de pesquisa que recortará apenas os conteúdos das decisões do Supremo Tribunal Federal com abordagens filosóficas e teóricas do fenômeno jurídico. Sabemos, de antemão, que os padrões decisórios das cortes são impactados muitas vezes pelo desenho institucional. No entanto, tentamos entender como o Supremo Tribunal Federal se deixou influenciar por agentes externos.

Com um caráter interdisciplinar, dialogando sobretudo com a ciência política, a hipótese é a de que o Supremo Tribunal Federal, na esteira de uma politização, passou do ativismo para um populismo judicial. Conscientes de que o populismo judicial vem sendo pouco abordado nas pesquisas jurídicas, valemo-nos da ciência política para enfrentar uma faceta do complexo e intricado fenômeno da politização do Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, em um primeiro momento, abordaremos como as autoridades da Corte são definidas também pela reputação judicial. Essa reputação é construída tendo em vista a audiência que avalia

e que, necessariamente, o órgão atuará para conquistar. Através da obra de Nuno Garoupa e Tom Ginsburg (2017) mostraremos como a reputação impacta a atuação do Poder Judiciário como um todo e do próprio STF.

Após, em segundo momento, mostraremos como o ativismo judicial foi construído tendo em vista a audiência externa dos acadêmicos. A reboque daquilo que ficou conhecido como teoria constitucional da efetividade, o Supremo Tribunal Federal assumiu um comportamento ativista no sentido de buscar a efetividade da Constituição de 1988.

Por fim, analisando decisões importantes e as interpretações efetuadas pelos membros do Supremo Tribunal Federal poderemos, assim, concluir se de fato estar-se-á diante de um populismo judicial, sobretudo quando então passa a ganhar um papel nuclear na interpretação do direito a audiência externa. Nessa perspectiva, tanto decisões monocráticas quanto decisões colegiadas servirão para demonstrar o impacto do chamado populismo judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Aqui, ao invés de uma teoria constitucional da efetividade, ganha corpo uma teoria do processo penal do espetáculo, capaz de desintegrar a rede de proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos.

As pesquisas atingem o âmbito do processo decisório. Como o Supremo Tribunal Federal interpreta a Constituição e qual *leitmotiv* para determinadas decisões. É bem verdade que muito se tem teorizado sobre o Supremo Tribunal Federal e a teoria da decisão jurídica, sejam por meio de uma metódica da decisão, uma teoria da argumentação ou até mesmo uma teoria da deliberação. Poucos trabalhos, no entanto, buscam saber qual o evento/acontecimento que está por detrás das decisões judiciais. Muito embora saibamos que a neurociência e a psicologia comportamental podem explicar analiticamente o processo decisório do Supremo Tribunal Federal e de cada um de seus integrantes, a intenção é demonstrar como as categorias analíticas vão se modificando e impactando o conteúdo das decisões da Suprema Corte.

2 O DEBATE ACERCA DA REPUTAÇÃO JUDICIAL: ARGUMENTANDO DE ACORDO COM A AUDIÊNCIA

O exercício da atividade jurisdicional começa a ser repensado a partir do começo do século XX. A argumentação jurídica utilizada como fundamento para a decisão começa a ser questionada e estudada por teóricos das mais diversas tradições. A razão prática é vislumbrada como uma questão nuclear para o direito. Por isso, o estudo do direito, ao contrário de toda tradição Kelseniana, não pode prescindir dos argumentos pelos quais o direito é realizado.

Em 1958, Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca (2005) resgatam a importância da argumentação para o campo jurídico, dando início àquilo que Manuel Atienza denomina de giro argumentativo (ATIENZA, 2017). A partir dos estudos de Aristóteles no *Organon*, Perelman destaca a dinâmica e a diferença entre demonstração e argumentação, a partir da lógica formal presente na retórica de Aristóteles. A argumentação é um processo que está inserido numa razão prática, busca a persuasão e a adesão racional dos ouvintes (PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 50). A retórica, no sentido tradicional aristotélico, é o discurso utilizado para persuadir um número grande de indivíduos. No processo de persuasão para uma ação, o orador sempre se amolda/é condicionado pelo seu auditório. Os autores, então, constroem a figura do auditório universal – uma figura contrafactual que condiciona a argumentação inserida numa razão prática – como parte dos discursos epidícticos que têm por função a adesão a valores comuns (PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 58).

Os discursos legislativos e judiciários se valem dos discursos epidícticos e, portanto, têm como premissa a existência de um auditório universal que deve ser respeitado pelo orador na realização prática para uma ação.

Na teoria da argumentação jurídica, o auditório tem o condão de servir a um só tempo para diminuir a discricionariedade do julgador e para colocar limites no próprio conteúdo a ser utilizado pelo julgador.

Aqui, portanto, o auditório universal é uma construção artificial que deve servir pelo estabelecimento de limites ao Estado de Direito. Um ideal regulatório para que o julgador estabelece parâmetros na própria argumentação utilizada como fundamento de sua decisão.

As teorias da argumentação jurídica utilizavam-se de critérios procedimentais para que as decisões jurídicas pudessem obter legitimidade. Assim, por exemplo, as modernas teorias da argumentação jurídica buscam a legitimidade das decisões jurídicas na pretensão de correção normativa, isto é, são discursos que buscam a correção de condutas, isto é, estabelecer o que é permitido, obrigatório e proibido. São espécies da argumentação prática em geral, com a distinção de que são submetidos ao escrutínio dos próprios participantes (ALEXY, 2011, p.214).

De um lado, as teorias da argumentação jurídica podem ser criticadas, tendo em vista que se ressentem de uma discussão acerca da própria autoridade das decisões judiciais. Ou seja, qual a razão que faz com que as decisões judiciais sejam efetivamente cumpridas?

De outro, as teorias da argumentação jurídica têm o mérito de levantar a questão da audiência das quais, necessariamente, um ato discursivo deve atingir. Essa questão está intrinsecamente ligada à autoridade das decisões judiciais. A prática argumentativa visa, antes de tudo, levar autoridade para as decisões judiciais, ou seja, antes de mais nada, o objetivo das teorias argumentativas é conseguir uma aceitabilidade racional das decisões proferidas. Desse modo, a argumentação é um ponto de convergência entre a necessária legitimidade e autoridade das decisões judiciais.

Uma questão importante que, regra geral, não vem sendo pesquisada com a devida seriedade é o campo de como o Poder Judiciário necessita de reputação para que, ao mesmo tempo, tenha legitimidade e autoridade em suas decisões. Como se sabe, o Poder Judiciário não tem nem o poder do dinheiro, nem das armas, por isso a reputação se afigura ainda mais importante (GAROUPA, GINSBURG, 2017, p. 2). É que a autoridade da decisão dependerá do prestígio que goza o Poder Judiciário em cada caso. A reação às decisões do Poder Judiciário dependerá

também da reputação. Lógico que a própria posição institucional do Poder Judiciário e a forma como se relacionam os poderes é medida importante para delinear a autoridade e a legitimidade das decisões.¹

Autores como Gibson e Caldeira (2009) da chamada “*positivity theory*” da legitimidade judicial sugerem que quanto mais houver a exposição da corte ao público, maior será a legitimidade institucional do próprio Poder Judiciário. Assim, quanto maior o número de informações expostas ao público sobre o funcionamento do Poder Judiciário, maior será o símbolo de imparcialidade e, por via de consequência, a legitimidade institucional será reforçada. Não há necessidade, neste caso, de concordância quanto ao conteúdo das decisões, mas sim de aparentemente as decisões serem justas.

Dentro do desenho institucional, as Constituições dotam o Poder Judiciário de autonomia e independência, o que já lhe assegura alguma autoridade e legitimidade. No entanto, é importante levar em consideração que a forma como se relacionam os demais poderes com o Poder Judiciário é também determinante. Se, por exemplo, a Corte sofrer sistemático *outruling* legislativo ou, então, se o Poder Executivo determinar a aposentadoria compulsória de seus membros, assim como deixar de nomear os juízes necessários ao seu funcionamento, são questões fundamentais para a autoridade no nível do campo da institucionalidade. A teoria reputacional foca, no entanto, na legitimidade que advém de questões externas ao campo da institucionalidade.

Por óbvio, a noção de reputação é importante para muitas outras áreas, tais como profissionais da saúde, dentro das próprias empresas, na vida social do sujeito, e não seria diferente com o Poder Judiciário (GAROUPA, GINSBURG, 2017, p.14). Reputação seria um estoque de

¹ Dentro de um Estado Democrático de Direito, assumimos que a autoridade das decisões jurisdicionais advém de sua legitimidade. Há uma correlação necessária entre a autoridade de uma decisão com sua legitimidade, ou seja, a possibilidade de imposição coerciva das consequências de uma decisão jurisdicional advém do respeito ao Estado de Direito, aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Autoridade e legitimidade são tidas, assim, como sinônimos no presente estudo.

avaliações acerca de performances passadas de um sujeito (GAROUPA, GINSBURG, 2017, p.15).

A reputação é construída a partir de avaliação do passado, tanto dos juízes individualmente quanto do próprio órgão do Poder Judiciário. Essa avaliação é realizada por diversas audiências com variados graus de informações (GAROUPA, GINSBURG, 2017, p. 15). Nessa construção, portanto, a audiência que seria um exercício contrafactual em Perelman se transforma em um exercício concreto, uma definição de acordo com a realidade fática existente.

Como o direito é realizado coletivamente, importa aqui estudar a reputação coletiva do Judiciário como um todo e não propriamente de seus membros (GAROUPA, GINSBURG, 2017, p. 19). Dificilmente se pode dizer que, por exemplo, uma decisão do Supremo Tribunal Federal foi realizada pelo prestígio individual de seus membros. É bem importante lembrar que, recentemente, houve uma ampla gama de poderes jurisdicionais outorgados aos relatores dos processos no Supremo Tribunal Federal e que, assim, muitas decisões importantes foram dadas monocraticamente, o que levou a se falar em “ministocracia”, órgão de “onze ilhas”. Nossas premissas rechaçam como antidemocráticas essa forma de decisão por entendermos que a construção do direito é necessariamente um esforço ou empreendimento coletivo. Por isso, nosso foco não será a análise de decisões monocráticas, exceto quando se fizerem necessárias para o contexto. No caso brasileiro, há uma discricionariedade forte no poder de agenda que é outorgado, sobretudo ao Presidente do Supremo Tribunal Federal que pode escolher, livremente, qual processo será pautado ou não (WERNECK ARGUELHES, MOLHANO RIBEIRO, 2018).

Daí que se fala que a reputação coletiva do Poder Judiciário é essencialmente determinada pela audiência externa. Enquanto a audiência interna seriam os próprios membros do Poder Judiciário, importando para organizações judiciais que adotam o modelo de carreira e não de reconhecimento, para órgãos de reconhecimento – como é o caso do provimento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal – o

importante é a audiência externa constituída de acadêmicos e juristas, da imprensa e o público em geral (GAROUPA, GINSBURG, 2017, p. 6-8).

Qual a razão pela qual, portanto, o Poder Judiciário deve se importar com sua reputação? Apenas um motivo singelo, é que a visão da sociedade como um todo sobre o Poder Judiciário traz uma influência política e social que impacta diretamente nas implicações monetárias ou não monetárias, ou seja, no próprio bem-estar dos juízes (GAROUPA, GINSBURG, 2017, p. 23).

Ademais, além de benefícios individuais, deve-se lembrar que o Poder Judiciário que goza de uma boa reputação poderá trazer benefícios coletivos para a sociedade como um todo, permitindo um investimento econômico estrangeiro com segurança para as empresas multinacionais, além de atrair também juízes com uma alta capacidade (GAROUPA, GINSBURG, 2017, p. 27).

Enquanto algumas teorias ideias buscam estudar a própria qualidade das decisões judiciais em si, a teoria da reputação judicial lança luzes sobre um aspecto pouco estudado que é os benefícios que o próprio Poder Judiciário consegue ao ser bem avaliado por uma audiência.

De igual sorte, quanto maior a reputação do órgão jurisdicional, as partes e jurisdicionados frequentemente tendem a concordar com o conteúdo das decisões, além de possibilitar que os órgãos inferiores respeitem as decisões que forem emanadas das altas cortes (DOTHAN, 2014, p. 48). Neste caso, além da questão da reputação em si mesmo como um benefício coletivo e individual, quanto maior a reputação, maior também será a autoridade da Corte.

Além disso, enquanto as teorias da argumentação jurídica buscavam estabelecer um procedimento ou uma forma pela qual deveria o Poder Judiciário decidir, diminuindo a discricionariedade, esqueceu-se de que a audiência determinaria a reputação judicial que, por consequência, traria benefícios aos juízes individualmente. Não se trata aqui de pensar em um egoísmo institucional, mas de pensar diferentemente o funcionamento das instituições que, por mais que devam respeito à Constituição, ainda atuam de acordo com parâmetros egoísticos.

Assim, ressoa uma lógica e um paradoxo. Como se sabe, os juízes em relação aos demais agentes públicos detêm o maior salário. Para justificar tais benefícios, é preciso que se julgue de acordo com o apoio popular, sob pena de contestação democrática dos benefícios financeiros recebidos pelo Poder Judiciário que não encontram respaldo em qualquer norma constitucional.

3 A TEORIA CONSTITUCIONAL DA EFETIVIDADE E A NECESSIDADE DE CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO: O ATIVISMO JUDICIAL

Seguramente a Constituição de 1988 se preocupou em diminuir o hiato existente nas experiências constitucionais anteriores entre a Constituição ideal e a Constituição real, isto é, entre a norma constitucional em abstrato e a realidade fática subjacente. Basta lembrar, pois, que nas experiências constitucionais brasileiras anteriores, a própria Constituição sequer era ensinada nos cursos de Direito e, quando muito, era tida como uma mera carta de indicação de diretrizes políticas a serem ou não seguidas pelas autoridades públicas. A Constituição era vilipendiada cotidianamente. O Direito da era dos códigos e não da Constituição. O que realmente vinculava eram as leis. Basta lembrar das lições de Karl Loewenstein de constituição semântica voltadas para a Constituição de 1937 que apenas formaliza um grupo de poder dominante anterior. Em verdade, se não houvesse constituição formal alguma, o poder atuaria normalmente (LOEWENSTEIN, 1978, p. 219), podendo-se falar que a Constituição aqui cumpre um papel meramente formal, sendo mesmo uma mera folha de papel (LASSALLE, 2010).²

² É importante mencionar que Ferdinand Lassalle utilizava a Constituição “folha de papel” em um sentido irônico. Sua visão de mundo com inspiração marxiana, entendia o direito apenas como a forma ideológica que determinava e impunha o interesse da classe burguesa. Esse contexto é importante para entendermos sua teoria que foi retirada do contexto.

Com base neste contexto, a Constituição de 1988 prevê no texto original dois mecanismos inovadores para que se possa diminuir o déficit de normatividade da própria Constituição: 1) a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 102, §2º da CF/88) como mecanismo para obrigar o legislador e demais poderes públicos a tornar efetivo o mandamento constitucional de legislar; 2) o mandado de injunção, individual ou coletivo, previsto no art. 5º, inc. LXXI, como mecanismo processual para tornar efetivos direitos e liberdades constitucionais, prerrogativas da cidadania, nacionalidade e soberania quando a omissão legislativa inviabilizar o gozo destes direitos.

No campo teórico, a tradução da obra de Konrad Hesse (1991) logo no início da década de 90 marcará as discussões teóricas e exercerá grande influência no debate constitucional nacional. Em contraponto à ideia de que a Constituição reside apenas nos fatores reais de poder, com uma separação entre ser e dever-ser, Konrad Hesse acredita que há uma simbiose entre ordenação e realidade de relacionamento recíproco sem que implique o afastamento da norma, possibilitando que a própria Constituição se torne força ativa capaz de modificar a realidade, desde que se tenha uma vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). Konrad Hesse acredita que a Constituição pode conferir forma e modificação à realidade, na medida em que se torna força ativa que influencia a realidade social e política (HESSE, 1991, p. 19).

Surge, então, no contexto da década de 90, o debate constitucional da efetividade. Os autores de então se debruçaram sobre a necessidade de se conferir à Constituição de 1988 um marco para a noção de que a Constituição é norma jurídica superior no ordenamento e que todo o ordenamento deve estar de acordo com seus preceitos, além da necessidade de que suas próprias normas sejam eficazes e, além de impedir que norma inferior com ela colide, tenham sua finalidade prática alcançada.

Por exemplo, a obra que se tornou um clássico e guiou toda a temática da efetividade das normas constitucionais teve sua primeira

edição publicada antes da Constituição de 1988, especificamente no ano de 1967, e aí teve um estudo sistematizado. Nesta obra, denominada de *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, José Afonso da Silva divide e classifica as normas constitucionais em normas de eficácia plena, contida e limitada (SILVA, 2004, p. 116). Nessa classificação, as normas de eficácia limitada basicamente ficam a depender da atuação do legislador, invertendo a lógica de primazia da Constituição sobre as leis infraconstitucionais. Antes mesmo da classificação de José Afonso da Silva, autores já tentavam estabelecer uma classificação das normas. José Horácio Meirelles Teixeira, por exemplo, já falava em norma de eficácia plena e limitada (TEIXEIRA, 1991).

Mesmo com a promulgação da Constituição de 1988, essa classificação fincou raízes de tal forma que a teoria constitucional continuou o debate sobre a efetividade das normas constitucionais com base em tal classificação transposta da Constituição de 1967 do regime civil-militar para a Constituição cidadã. Era preciso, portanto, inovar no debate. Em real verdade, a classificação de José Afonso da Silva ainda mantinha um déficit de normatividade da Constituição, fazendo a eficácia das normas depender da interposição do legislador.

Foi neste contexto que surge na década de 90 um esforço dos constitucionalistas em afirmar a efetividade das normas constitucionais, incorporando à cultura democrática nacional, uma vontade da Constituição, inspirada em Konrad Hesse. Portanto, um autor como Luís Roberto Barroso escreve obra que pode ser um grande manifesto pela efetividade das normas constitucionais. Com a primeira edição em 1986, a obra *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, tenta criar uma cultura de que as normas constitucionais contêm necessária imperatividade apta a criar efetividade: “As normas constitucionais, como espécie do gênero normas jurídicas, conservam os atributos essenciais destas, dentre os quais a imperatividade. De regra, como qualquer outra norma, elas contêm um mandamento, uma prescrição, uma ordem, com força jurídica e não apenas moral. Logo, a sua inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de

cumprimento forçado, apto a garantir-lhe a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento das consequências da insubmissão ao seu comando. As disposições constitucionais são não apenas normas jurídicas, como têm um caráter hierarquicamente superior, não obstante a paradoxal equivocidade que longamente campeou nesta matéria, considerando-as prescrições desprovidas de sanção, mero ideário não jurídico” (BARROSO, 2006, p. 76). Em uma síntese do que significa a doutrina da efetividade, o autor assenta que: “1) a Constituição, sem prejuízo de sua vocação prospectiva e transformadora, deve conter-se em limites de razoabilidade no regramento das relações de que cuida, para não comprometer o seu caráter de instrumento normativo da realidade social; 2) as normas constitucionais têm sempre eficácia jurídica, são imperativas e sua inobservância espontânea enseja aplicação coativa; 3) as normas constitucionais devem estruturar-se e ordenar-se de tal forma que possibilitem a pronta identificação da posição jurídica em que investem os jurisdicionados; 4) tais posições devem ser resguardadas por instrumentos de tutela adequados, aptos à sua realização prática” (BARROSO, 2006, p. 86).

Nesta passagem do texto de Luís Roberto Barroso estão escancaradas a doutrina da efetividade que dominou a teoria constitucional da década de 1990. As normas constitucionais possuem uma eficácia vinculante, apta a gerar automaticamente eficácia jurídica e social e direitos subjetivos para os jurisdicionados e cidadãos (CLÉVE, 2012). Além disso, a doutrina da efetividade tem uma preocupação relevante em demarcar a supremacia da Constituição e buscar sanar a omissão inconstitucional.

Luís Roberto Barroso ainda diz que antes mesmo da incorporação da teoria dos princípios, teoria dos direitos fundamentais e a percepção do pós-positivismo, a doutrina da efetividade teria conseguido “dar ao direito constitucional no Brasil uma dimensão normativa e concretizadora das promessas da modernidade: poder limitado, promoção dos direitos fundamentais, justiça material e pluralismo político” (BARROSO, 2006, p. 282).

Por isso, toda a teoria constitucional da década de 90 no Brasil se preocupava com o cumprimento das normas constitucionais e a discussão acerca das chamadas normas programáticas e, ainda, dos instrumentos constitucionais colocados à disposição para determinar a imperatividade da Constituição, assim como a colmatação das omissões inconstitucionais. Assim, por exemplo, obras de Flavia Piovesan (PIOVESAN, 2003) e Walther Claudius Rothenburg (ROTHENBURG, 2005) que debatem as omissões legislativas.

Como consequência, a teoria constitucional abrangeu a discussão para a efetividade dos direitos sociais. Este debate seria invariável diante de uma Constituição com enormes promessas de redistribuição de riquezas e de construção de uma sociedade mais igualitária, elencando um rol generoso de direitos sociais, buscando instituir um *Welfare State*, ainda que tardio. Um amálgama entre direitos liberais e sociais na construção de um Estado Democrático de Direito em que há conciliação entre direitos humanos e soberania popular, uma co-originalidade entre autonomia privada e pública (HABERMAS, 2002).

Assim, por exemplo, a discussão que é tributária das lições da efetividade de Luis Roberto Barroso que é encontrar aquilo que se convencionou um “mínimo existencial” que deveria ser assegurado aos indivíduos para uma vida com dignidade. Um dos primeiros a abordar o tema na teoria constitucional, busca delinear o conceito como “[...]um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas” (TORRES, 2008, p. 8). Um direito que seria pré-jurídico e estaria ligado na ética e na liberdade. Coloca, pois, a questão do mínimo existencial como discussão da teoria dos direitos fundamentais, retirando-a dos direitos econômicos e sociais, como forma de determinar a possibilidade de sindicabilidade judicial (TORRES, 2008, p. 25). No entanto, assevera que há direitos fundamentais originário e direitos fundamentais sociais em uma expressão mínima. Tais direitos gerariam prestações apta a serem exigíveis do indivíduo em relação ao Estado (TORRES, 2008, p. 80-81).

Também buscando conferir eficácia ao chamado mínimo existencial correlacionando-o ao princípio da dignidade humana, tem-se a obra de Ana Paula de Barcellos para quem “o chamado mínimo existencial, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade humana à qual se deve reconhecer eficácia jurídica positiva ou simétrica” (BARCELLOS, 2008, p. 278). Para a autora, o mínimo existencial deveria corresponder à educação fundamental, à saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça (BARCELLOS, 2008, p. 288).

Com o fundamento teórico no método da ponderação de Robert Alexy, importante autor sobre o tema reconhece a possibilidade de que os direitos sociais configuram verdadeiros direitos subjetivos, ainda quando não se tenha a interposição legislativa (SARLET, 2007, p. 373), e mesmo se se reconhece a exigibilidade judicial da prestação em face do Estado, mesmo naquelas que ultrapassem o mínimo existencial. Contudo, pelo método teórico empregado, há circunstâncias concretas em que o impacto dos limites e as objeções a tais prestações poderão prevalecer (SARLET, 2007, p. 376).

No começo da década de 90, o Supremo Tribunal Federal, mesmo diante das novidades da Constituição de 1988, mantinha-se distante das influências da teoria constitucional efetividade, com decisões ainda tímidas acerca de temas inovadores. Por exemplo, cita-se o caso exemplar do Mandado de Injunção, peculiar instrumento para tornar efetiva as normas constitucionais. Em um primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal adotava uma linha restritiva quanto ao cabimento da garantia, impossibilitando o conhecimento da ação mandamental quando já houver projeto de lei apresentado na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal, conforme decidido no MI 215, DJ 16.03.1990. Depois, quanto aos próprios efeitos da decisão de procedência do Mandado de Injunção. No julgamento da questão de ordem no *leading case* MI 107, rel. Min. Moreira Alves, j. 23/11/1989, definiu-se que cabe apenas ao STF declarar a omissão inconstitucional e dar ciência da mesma para que se adote as providências cabíveis, à

semelhança do que ocorre com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão. Tal entendimento manteve-se por toda a década de 90 até o ano de 2007 quando, no julgamento do Mandado de Injunção 708 e 712, rel. Min. Eros Grau, j. 25.10.2007, o STF passou a admitir que poderia o próprio Poder Judiciário produzir norma suficiente para garantir o exercício dos direitos inviabilizados pela omissão. É inegável que o Supremo Tribunal Federal foi diretamente impactado pela teoria constitucional produzida na década de 90.

Sem dúvidas, a atuação jurisdicional do Supremo Tribunal Federal no final do séc. XX e início do séc. XXI buscou se voltar para a audiência de especialistas, especificamente com base na teoria constitucional da efetividade. Assim, por exemplo, a prática jurisprudencial buscou refletir a própria doutrina da efetividade e, com isso, conseguir alcançar uma boa reputação judicial de órgão técnico e aplicador do melhor direito.

Importantes conquistas foram viabilizadas pela prática do Supremo Tribunal Federal em conquistar uma boa reputação judicial ancorada na audiência dos especialistas. Além da concretização das liberdades fundamentais, citando aqui os importantes julgamentos da criminalização do racismo e do *hate speech* no HC 82.424, rel. Maurício Côrrea, j. 17.09.2003, o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, ADI 4277 e ADPF 132, rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011, a constitucionalidade de ações afirmativas reservando vagas as pessoas negras em acesso à universidade e nos cargos públicos, ADPF 186, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26.04.2012 e ADC 41, rel. Min. Luis Barroso, j. 08.06.2017, que faz depender apenas de uma proteção negativa, o Supremo Tribunal Federal buscou efetivar comandos constitucionais relativos à prestação positiva. Assim, por exemplo, o julgamento da efetivação do direito à saúde como dever do Estado e direito subjetivo do indivíduo em face de todos os entes federativos, RE 855.178 RG, rel. min. Luiz Fux, j. 5-3-2015, a necessidade do Estado fornecer o tratamento adequado, RE 271.286 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 12-9-2000, e a saúde

como direito fundamental, mesmo diante de norma programática, STA 175 AgR, rel. min. Gilmar Mendes, j. 17-3-2010, além da afirmação da sindicabilidade dos direitos sociais, ADPF 45 MC, rel. Min. Celso de Mello. Também o direito à educação como direito social de todos, ADI 3330, rel. Min. Ayres Britto, j. 03.05.2012, determinação de reforma de escola em estado precário, RE 850.215 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, j. 7-4-2015.

Até o início da atual década, como se vê, a construção da reputação do Supremo Tribunal Federal pretendeu se dar por meio do diálogo com uma audiência de especialistas. É aqui, portanto, que a atuação do Supremo Tribunal Federal se dá por meio de um ativismo judicial. Nesse aspecto, a atuação do Supremo Tribunal Federal adquire as características de uma *judicialização da política*. Em geral, a judicialização da política é um fenômeno de caráter global que envolve o aumento do campo jurídico, das suas instituições e de seus atores na vida social como um todo e também na agenda política (TATE, VALLINDER, 1995).

Luiz Werneck Vianna conceitua e analisa este fenômeno como:

[...] todo um conjunto de práticas e novos direitos, além de um continente de personagens e temas até recentemente pouco divisível pelos sistemas jurídicos – das mulheres vitimizadas, aos pobres e ao meio ambiente, passando pelas crianças e pelos adolescentes em situação de risco, pelos dependentes de drogas e pelos consumidores inadvertidos –, os novos objetos sobre os quais se debruça o Poder Judiciário, levando a que as sociedades contemporâneas se vejam, cada vez mais, enredadas na semântica da justiça. É, enfim, a essa crescente invasão do direito na organização da vida social que se convencionou chamar de judicialização das relações sociais (VIANNA, 1999, p. 149).

A judicialização da política é condição necessária, porém não suficiente para o surgimento do chamado *ativismo judicial*.

Embora se saiba que tal termo carrega, em si, uma profusão de sentidos e uma carga semântica vazia, no presente trabalho buscamos

conceituar ativismo judicial como um momento em que o Poder Judiciário começa a ultrapassar os limites demarcatórios de sua atividade jurisdicional, guiando suas decisões por políticas públicas e outros fatores do que propriamente a existência ou não de um direito (BACHA e SILVA, 2013, p. 169), saindo do sentido tradicional adotado pelo direito norte-americano no sentido de que um juiz ativista seria aquele que decidiria contramajoritariamente, assim como o formulador do termo, Arthur Schlesinger pretendeu classificar os juizes da Suprema Corte (KMEIC, 2004, p. 1446), cujo sentido ficou conhecido pela atuação da Corte Warren (RODRIGUES, 1991).

Entretanto, muito embora a reputação do Supremo Tribunal Federal tenha se elevado nessa época entre os especialistas, a vaidade institucional não permitiu que este órgão se bastasse com esta audiência, buscando alcançar um papel de salvaguarda de nossa democracia. Nessa medida, passa-se a caracterizar uma passagem de uma judicialização da política para uma *politização do Poder Judiciário*, a partir da própria audiência do Supremo Tribunal Federal. Fenômeno bem distinto da atuação do Poder Judiciário na agenda política e na tentativa de formular políticas públicas, a politização do Poder Judiciário é medida antidemocrática, posto que envolve um esquecimento da política (NOVAES, 2007).

Na politização do Poder Judiciário, este pretende, a pretexto de decidir questões jurídicas, influenciar de modo decisivo nas deliberações comunitárias (BACHA e SILVA, VIEIRA, CAMARGO, 2018). Assim, além de um óbvio drible nas instituições democraticamente responsáveis pela condução das questões morais controversas de uma sociedade, acarretando desafios à legitimidade institucional, bem como evidente conflito contra a separação de poderes, há uma apropriação moralizante das questões que a própria sociedade deve decidir (BAHIA, BACHA e SILVA, CATTONI DE OLIVEIRA, 2016).

Há, inclusive, autores que diferenciam também a atuação ativista do Poder Judiciário daquela em que o mesmo assumiria um protagonismo político-institucional. Isto é, enquanto em uma perspectiva

jurídico-institucional, a Corte poderia decidir adotando uma postura mais “ativa” ou “autocontida”. Contudo, em se tratando de Corte Suprema, ao decidir de forma ativa, o órgão assume um protagonismo não apenas em nível jurídico-institucional, mas também político-institucional. Um dos exemplos foi a atuação do Supremo Tribunal Federal na pandemia do coronavírus. Face a atuação omissiva do governo federal, o Supremo Tribunal Federal assumiu um protagonismo político-institucional para ser um contraponto à atuação do governo federal na proteção do direito à saúde. No caso, nem caberia classificar em uma atuação ativista ou autocontida, mas apenas na assunção de um protagonismo político-institucional (STEINMETZ, 2020).

A modificação da postura decisória de uma judicialização da política para uma politização do judiciário adveio de uma modificação na audiência do Supremo Tribunal Federal, capaz de provocar uma influência na argumentação e no conteúdo decisório. Ao invés dos especialistas, o órgão pretende atingir um público amplo e também a grande mídia.

4 O POPULISMO JUDICIAL: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO SUPEREGO DA SOCIEDADE

No início da segunda década do séc. XXI para os dias atuais, a composição do Supremo Tribunal Federal teve a modificação em 3 (três) membros, saindo os Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Ministro Ayres Britto. Houve, portanto, pequena modificação na composição do Supremo Tribunal Federal. Tal, pois, não consegue explicar a efetiva e brusca guinada na orientação decisória do órgão, exceto a tentativa de aumentar o apoio popular. Apenas a modificação na composição interna da Corte não é capaz de explicar uma guinada que vai do ativismo judicial para um determinado populismo judicial. Por isso, nossa hipótese é de que, após uma sanha punitivista decorrente de manifestações populares que conclamavam reações institucionais

contra a corrupção, o órgão se torna o centro das atenções políticas. Ao se tornar o centro das atenções políticas, houve um impacto da reputação no Supremo Tribunal Federal que, em consequência, acarretou uma guinada substancial na própria concepção que o órgão tem de si mesmo e qual a audiência que o mesmo quer atingir.

Houve, então, um impacto da reputação no Supremo Tribunal Federal que, em consequência, acarretou uma guinada substancial na própria concepção que o órgão tem de si mesmo e qual a audiência que ele quer atingir.

Os protestos de junho de 2013, se bem não tiveram o condão de revolucionar a realidade social, produziram modificações nas próprias ideias que as instituições brasileiras têm de si mesmas e qual delas buscará assumir o protagonismo na arena pública, buscando viabilizar os anseios populares e os clamores sociais.

A onda de protestos que invadiram o país no mês de junho de 2013 teve como origem fração pequena da sociedade que busca protestar contra o aumento da tarifa do serviço público de transporte na cidade de São Paulo. Após, este protesto localizado toma contornos nacionais, com movimentos e protestos reunindo mais de 1,5 milhão de participantes ao longo do território com reivindicações difusas (SINGER, 2013, p. 24-26). Embora com as mais diversas reivindicações, sendo protestos difusos, a marca central é o repúdio ao sistema político-institucional.

Uma das consequências principais das manifestações de 2013 é a possibilidade de articulação da participação da sociedade civil por novos meios, tal como a internet e as mídias sociais. Houve uma ampliação das manifestações e protestos de ruas para outras camadas sociais, no caso em questão a classe média, levando a legitimação do que se passou a ser chamado de “vozes da rua” (GOHN, 2016, p. 132). Esses novos sujeitos, embora com vieses distintos e com pressupostos ideológicos distintos, buscaram um foco comum que é o combate à corrupção e a luta pela ética na política (GOHN, 2016, p. 144).

O ativismo judicial entra na agenda decisória em função de uma crise de representatividade dos demais poderes. Nos idos do início

e final da primeira década do século XXI, o grau de credibilidade social nas instituições políticas eram dos mais baixos. Conforme as pesquisas anuais produzidas pelo IBOPE, governos locais, eleições e sistema eleitoral, Governo Federal, Presidente da República Congresso Nacional e Partidos Políticos teriam os piores índices de confiança das instituições (IBOPE, 2010). Acima de tais instituições vinham, em primeiro lugar, Corpo de Bombeiros, Igrejas, Forças Armadas, Meios de Comunicação, Escolas Públicas, Polícia, Bancos, Poder Judiciário, Sindicatos e Sistemas Públicos de Saúde (IBOPE, 2010).

A questão do ativismo é que a sociedade delegou esperanças para órgãos que estão libertos da lógica da representatividade. Uma ausência de confiança nos órgãos políticos prejudicará o modelo de eclusas. Ao poder político incumbe canalizar os problemas surgidos no espaço público, no sentido de perceber, identificar, tematizar e, de modo influente, prover os problemas de contribuições, interpretações, comentários de modo que o complexo parlamentar possa assumi-lo e complementá-lo (HABERMAS, 2003, p. 339-440).

Pelo modelo da “eclusa”, o centro do poder político, aí incluído a Administração, o Judiciário e a formação da opinião e vontade pública devem receber influência da periferia do poder político, qual seja, as associações, as organizações, os grupos de interesse claramente definidos, as igrejas e as entidades de benemerência que pertencem a sociedade civil, possibilitando o exercício de influência sobre a temática a ser discutida pelo centro do poder político. Quando, portanto, o poder político periférico não consegue mais exercer influência no centro do poder político, há uma grave crise de representatividade.

Neste campo é que entra o ativismo judicial. Não havendo o reconhecimento de direitos pelos órgãos representativos, há uma busca da comunidade por órgãos que não trabalhem sob a lógica da representatividade. Neste caso, como se percebe, o Poder Judiciário e, sobretudo, o Supremo Tribunal Federal entrou no cenário público através da omissão dos demais poderes e de uma crise de representatividade.

Com as manifestações de junho de 2013, a credibilidade social das instituições políticas que já eram baixíssimas sofre ainda mais com a desconfiança e a suspeita de nossa comunidade política. Partidos políticos, Congresso Nacional, Presidência da República passaram a ter menos de 10% (dez por cento) da confiança dos cidadãos (FGV, 2017, p. 14). Passa-se, portanto, de uma crise de representatividade para um rompimento da população com os órgãos políticos. Podemos falar que as manifestações de junho de 2013 simplesmente buscaram demonstrar o anseio de rompimento da população com a lógica político-partidária e o rompimento dos anseios populares com a política.

A questão, portanto, é que a esperança da população deve recair sobre alguma instituição, já que há a perda do símbolo da cidadania. Nestes momentos de absoluto descrédito social das instâncias representativas, emerge uma veneração da população com a jurisdição constitucional. A Constituição, portanto, não representa mais a institucionalização da vontade democrática, mas um arcabouço de valores morais da sociedade em que o próprio Judiciário deve ser o único interprete. É assim que, pois, se denuncia o Supremo Tribunal Federal como o superego de uma sociedade órfã, na qual há um culto quase religioso da população com o Judiciário e a jurisdição constitucional assume a função de portador da tradição (MAUS, 2010, p. 26-27).

Quanto à metodologia jurídica utilizada, importa muito mais a moral do juiz do que o texto do direito positivo. O próprio Poder Judiciário decidirá o critério que utilizará para julgar os casos. O critério do direito é substituído pelo critério da justiça e da moral e o que é pior, justiça e moral de acordo com cada julgador. Contudo, não se pode esquecer que o regime nazista se valeu da observância da regra e sua violação, mas diferenciando-se quanto à anulação do direito positivo que seria feita segundo sua própria necessidade (MAUS, 2010, p.224).

Assumir uma postura de superego da sociedade, significa que o parâmetro de atuação jurisdicional seria de um populismo judicial, categoria ainda carente de definição analítica, seja pela ciência política,

seja pela dogmática jurídica. No entanto, se se entendermos como a própria ciência política trabalha a noção de populismo, ter-se-á alguns critérios para a definição da atuação jurisdicional populista.

Em primeiro lugar, deve-se excluir a definição crítico-filosófica apresentada por Ernesto Laclau sobre populismo. Este autor explora a noção de populismo ancorado na ideia de que este pode ter uma noção ontológica fundamental para o processo político, dando azo à movimentos teóricos de esquerda. A partir da radicalização do político, para este autor há uma relação necessária entre populismo e democracia, possibilitando que seja construída uma identidade política contingente do povo. Assim, o populismo de Ernesto Laclau possibilita que se possa emancipar certos indivíduos que estão fora das esferas de representatividade, uma vez que as reivindicações populares dos excluídos ganham um lugar adequado pelo qual se formulará e se efetivará os anseios deste povo contingente (LACLAU, 2013).

Para a noção de que aqui estamos tratando, ou seja, do populismo judicial, não há qualquer possibilidade de emancipação social, já que o Poder Judiciário, longe da lógica representativa e como um órgão que se legitima a partir de sua atuação contramajoritária, dá vozes às maiorias políticas ocasionais, atuando por vezes de maneira contrarrevolucionária (SANTOS, 2011).

O termo populismo é utilizado muitas vezes com significados diversos por jornalistas, políticos, sociólogos e cientistas em geral, causando mais confusão a um termo vago e indeterminado. Sabendo que o termo admite diferentes interpretações em diferentes contextos, o objetivo é utilizar parâmetros gerais que ofereçam uma útil descrição do fenômeno que consideramos o populismo judicial.

Muitos acadêmicos acreditam que o populismo remete a uma fronteira limite do ideal democrático ou, ainda, a uma desfiguração da democracia (URBINATI, 2014, p.128-19). Em geral, para tanto, utilizam-se de uma distinção entre o povo real como unidade sociológica e uma suposta elite corrupta, polarizando a política entre amigos/inimigos. Outra característica comum é o distanciamento de

procedimentos democráticos sob o pretexto de que tais não conseguem expressar a vontade popular (ALTERIO, 2019, p. 275).

Em primeiro lugar, teoricamente populismo está mais justaposto com a noção de democracia liberal do que democracia ou qualquer outra noção de democracia. Empiricamente, o populismo se move dentro da estrutura da democracia liberal (MUDDE, KALTWASSER, 2017, p. 1-2). Uma abordagem ideacional como fazem Cass Mudde e Cristóbal Rovira Kaltwasser é um aspecto mais abordado por acadêmicos e jornalistas quando querem se referir ao complexo fenômeno do populismo.

Ao contrário do fenômeno populista verificado na política brasileira de meados do século XX e constatado como a forma de incorporar as massas populares urbanas na política a fim de legitimar o poder do Estado com a transferência posterior do poder para um líder (WEFFORT, 2003), as lentes da abordagem ideacional proposta pelos autores acima citados tem a vantagem de fazer com que a definição consiga cobrir as mais diversas e modernas manifestações do populismo, inclusive o populismo conservador recente.

Por mais que se tenha uma ausência de acordo acadêmico na definição dos atributos do populismo, é assente que todas as formas de populismo incluem uma espécie de apelo “do povo” e uma denúncia da “elite”. Assim, deve-se definir o populismo como uma ideologia centrada que considera a sociedade estando separada entre dois campos homogêneos e antagonístico, o “povo de bem” versus “a elite corrupta” e na qual se levanta que a política deve ser a expressão da vontade geral do povo (MUDDE, KALTWASSER, 2017, p. 5-6).

Essa divisão também considera que o populismo nunca é uma ideologia bastante por si só. Em geral, vem acompanhada de outros elementos ideológicos, como por exemplo o fascismo, o liberalismo e o socialismo, os quais são necessários para a promoção de projetos políticos que tem um apelo a um público maior (MUDDE, KALTWASSER, 2017, p. 6).

Os elementos chave para se compreender o fenômeno do populismo são três conceitos: o povo, a elite e a vontade geral. Em geral, o

debate acerca do populismo centra-se na vagueza do termo “o povo”. Todos concordam que “o povo” é uma construção artificial, uma simples interpretação e simplificação da realidade. Conceitos como soberania popular, pessoas comuns e nação aparecem como estratégia argumentativa-ideológica para se flexibilizar a heterogeneidade dos grupos sociais (MUDDE, KALTWASSER, 2017, p. 9-11). Outro importante elemento é o significado de “elite” para o populismo. Aqui há uma separação cujo aspecto principal é a moralidade, o “povo de bem” e a “elite corrupta”. Sempre está envolto uma crítica ao establishment político. Muito embora não se tenha uma definição precisa, a questão é da redução de vários grupos a uma homogeneidade que trabalha contra a vontade geral (MUDDE, KALTWASSER, 2017, p. 12). Por fim, o último elemento é a vontade geral. A partir da distinção moral entre o povo de bem e a elite corrupta tem-se o reforço da ideia de que a vontade geral existe efetivamente. Também, sob o signo da vontade geral muitos compartilham da crítica de Rousseau do governo representativo, uma vez que se deveria acreditar na possibilidade do auto-governo do povo. Na arena pública, a noção populista de vontade geral é baseada no senso comum (MUDDE, KALTWASSER, 2017, p. 17-18).

O conceito ideacional de populismo permite que se congregue este fenômeno não apenas em momentos políticos em que há uma liderança carismática, mas que se observe também como tal conceito pode ser maleável e congregado com várias outras ideologias. Ademais, tal enfoque possibilita que se permita enxergar o populismo não como um inimigo natural da democracia, uma vez que o relacionamento é complexo e depende do grau do estágio em que se encontra o processo de democratização da comunidade política em referência (MUDDE, KALTWASSER, 2017, p. 19-20).

Como bem elucidada Jan Werner Müller (2016), o que distingue os regimes populistas dos regimes autoritários é a autoproclamação de que eles agem em nome do povo e para o povo, enquanto conceito genérico e abstrato. Ao agir em nome do povo, basicamente agem em nome próprio e são um perigo real para a democracia (MÜLLER, 2016).

Portanto, o populismo judicial é uma forma de se construir uma boa reputação de acordo com a vontade geral ou o senso comum. Para tanto, a audiência do Poder Judiciário será preferencialmente a vontade do “povo”. Neste sentido, o Poder Judiciário atua majoritariamente dando azo às pretensões populares e de acordo com o senso comum. No caso, o Supremo Tribunal Federal interpretará a Constituição de acordo com o senso comum, ainda que a custo do direito positivo. Em verdade, está aí não uma preocupação de manter a integridade constitucional, mas sim de se arvorar na pretensão de ser o guardião da moralidade do “povo de bem” contra a “elite corrupta”.

A partir da lógica de que o Poder Judiciário seria o “povo de bem” e os órgãos representativos seriam a “elite corrupta”, o Supremo Tribunal Federal, a partir de 2013, começa a praticar um populismo judicial. Esse populismo vem ancorado em uma teoria do processo penal do espetáculo. Em breves linhas, as instituições de persecução penal, que inclui o Poder Judiciário, se aliam a grande mídia para construir uma distinção entre *amigos* e *inimigos* da sociedade.

Em primeiro, o Supremo Tribunal Federal investe contra as garantias parlamentares. Contrariando o próprio art. 55, §2º da Constituição Federal que determina que a Casa Legislativa deverá decidir acerca da perda do parlamentar condenado criminalmente com trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal excepcionou a regra aduzindo que tal regra não se aplica quando for o caso de condenação em regime fechado que durará mais que o tempo remanescente do mandato, inclusive com a possibilidade de progressão de regime. Tal entendimento tem como *leading case* o MS 32.326-MC, rel. Min. Roberto Barroso, que tem como um dos fundamentos um suposto regramento ruim da matéria e tal serviria de apoio para uma interpretação sistemática da matéria.

Também no caso da AC 4039, rel. Min. Teori Zavaski, j. 24.11.2015 o Supremo Tribunal Federal permitiu a prisão em flagrante de Senador da República no exercício de seu mandato, asseverando que as imunidades parlamentares não teriam o caráter absoluto. Na

mesma medida, o julgamento da cautelar no AC 4070, rel. Min. Teori Zavaski, j. 04.05.2016 que determina o afastamento do parlamentar do cargo de Presidente da Câmara dos Deputados e de seu mandato parlamentar. Na fundamentação da decisão, o relator considera que, em razão do Supremo Tribunal Federal, ter recebido denúncia pelo possível cometimento de delitos, o parlamentar não teria condições cívicas de permanecer na linha sucessória do Presidente da República e que tal iria contra a soberania popular (CATTONI DE OLIVEIRA, BACHA e SILVA, FERNANDES, BAHIA, 2016).

Essa investida do Supremo Tribunal Federal contra o chamado Estatuto dos Congressistas tem como fundamento implícito a concepção de que, no cenário político-institucional, cabe ao Supremo Tribunal Federal defender, a qualquer custo, a moralidade. Supõe, portanto, uma noção de superioridade de um sobre o outro. Em verdade, a Corte pretende influenciar a opinião pública levando-a a acreditar que a política seria a responsável pela corrupção. Ora, ao relativizar a garantia dos congressistas estabelecidas expressamente pela Constituição com apoio em um processo penal do espetáculo, o Supremo Tribunal Federal tenta ganhar o apoio popular.

O mais alto ponto do populismo judicial, sem dúvidas, é o julgamento histórico do HC 126.292, rel. Min. Teori Zavaski, j. 17.02.2016, conhecido caso em que o Supremo Tribunal Federal decidiu que a execução antecipada da pena, ainda quando pendente Recurso Especial e Extraordinário, não vulnera a presunção de inocência. Os fundamentos adotados pelo Min. Barroso são elucidativos de como os clamores pelo punitivismo invadiram a esfera jurisdicional. Em verdade, o Ministro adota razões de ordem pragmática para impor a possibilidade de relativização do princípio da presunção de inocência.

Assim, a decisão de execução antecipada da pena, ainda que contra o direito positivo, possibilitaria um maior equilíbrio do sistema criminal, evitando a interposição de recursos protelatórios, com o restabelecimento da autoridade da justiça criminal, a diminuição da seletividade penal, uma vez que os crimes de colarinho branco

passariam a ser punidos, possibilitando um sistema igualitário, por fim, se quebraria a ideia de impunidade no sistema de justiça criminal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal,2016).

O Ministro Luiz Fux também vota no sentido de que a presunção de inocência já não corresponde mais ao “sentimento constitucional” e que a jurisdição é uma função “popular” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal,2016).

O populismo está presente nas fundamentações dos julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal que orientaram o resultado do caso analisado. Primeiro, a dualidade e o antagonismo entre o povo e a elite, segundo decisões baseadas na soberania popular ou na vontade popular, ainda que a custo de tentar chegar ao melhor resultado possível.

Essa é a orientação tomada pelo Supremo Tribunal Federal após as manifestações de 2013 e o sentimento de descrédito da população em relação às instituições representativas. Na verdade, o Supremo Tribunal Federal com oportunismo tenta melhorar sua reputação, decidindo de acordo com a vontade popular, ou seja, critérios outros que não propriamente o direito positivo. Como se viu, o Supremo Tribunal Federal não leva a sério o direito, apenas busca melhorar sua reputação com a sociedade, buscando bem-estar para seus próprios membros.

Esta é a razão e o motivo pelo qual o populismo judicial invadiu o Supremo Tribunal Federal determinando as diretrizes da política decisória da Corte. Vale mencionar que, enquanto todos estavam à volta com o julgamento do ex-Presidente Lula, importante discussão acerca de direito individual, as Ações voltadas para a discussão da legalidade ou não da concessão de auxílio-moradia aos magistrados pautadas para julgamento, foram arbitrariamente retiradas de pauta e remetidas para uma possível Conciliação (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2018).

Como já se advertiu, a quem interessa aquilo que chamamos de jurisprudencialismo processual penal: “A judicialização da política

marcada pelo jurisprudencialismo processual penal coloca em xeque, no limite, a diferença funcional entre a política e o direito e, mais do que isso, transfere a decisão de garantir a Constituição do sistema político para uma Corte Constitucional” (BAHIA, BACHA e SILVA, CATTONI DE OLIVEIRA, 2016, p. 53). De uma forma geral: a quem interessa a politização do Poder Judiciário e seu populismo?

A história nos mostrou que, politicamente, o Poder Judiciário favoreceu muito mais as elites econômica, política e judiciais que se beneficiaram de uma aliança entre a mais alta Corte e o poder midiático. O custo democrático dessa improvável aliança está sendo debitado das instituições e da própria sociedade como um todo.

5 CONCLUSÃO

A atuação política do Supremo Tribunal Federal a partir das manifestações de 2013 ganhou ares diferentes do que até então não conhecíamos. O Supremo Tribunal Federal tenta realizar um populismo judicial buscando, a um só tempo, construir uma boa reputação com a opinião popular e, com isso, permitir uma influência política e social na sociedade brasileira que não se reveste de comparativo em qualquer outro Poder Judiciário ao longo do globo.

A discussão não é tanto de teoria da decisão jurídica, perscrutar se a moral se sobrepõe ao direito, mas qual a orientação que vem dando o Supremo Tribunal Federal e qual os objetivos pretende conseguir com tal politização.

Sem dúvidas, o Supremo Tribunal Federal consegue um protagonismo político na qual a sociedade espera mais do Poder Judiciário do que dos órgãos representativos. Há uma inversão da lógica da separação de poderes, afetando o modo de se fazer política e, principalmente, a construção do Estado Democrático de Direito.

O populismo judicial é uma forma perniciosa de atuação do Poder Judiciário em que a audiência pela qual se volta o Supremo

Tribunal Federal é uma sociedade moralmente dividida entre sujeitos bons e maus. Nada mais fictício.

A democracia se vê claramente ameaçada em razão da degradação dos procedimentos democráticos e na tentativa de superação dos limites constitucionais para a implantação de uma suposta vontade popular. Aqui, portanto, a erosão democrática é facilitada pelas decisões do Supremo Tribunal Federal que, ao invés de reforçarem as garantias constitucionais das minorias, acabam ocasionando uma degradação democrática, favorecendo as maiorias políticas ocasionais em detrimento da guarda da constituição.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALTERIO, Ana Micaela. Reactive vs structural approach: A public law response to populism. *Global Constitutionalism* (2019), 8:2, 270–296.

ARGUELHES, Diego Werneck. RIBEIRO, Leandro Molhano. ‘The Court, It is I?’ Individual judicial powers in the Brazilian Supreme Court and their implications for constitutional theory. *Global Constitutionalism: Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, v. 07, n. 02, Jul. 2018, pp. 248 – 253

ATIENZA, Manuel. *Filosofía del derecho y transformación social*. Madri: Trotta, 2017.

BACHA E SILVA, Diogo, VIEIRA, José Ribas, CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Politização do Supremo Tribunal Federal nos 30 (trinta) anos da Constituição de 1988: o esquecimento das vias representativas e a politização da justiça. In: LEITE, Glauco Salomão, SANTOS, Gustavo Ferreira, TEIXEIRA, João Paulo Allain, ARAÚJO, Marcelo Labanca Correa (orgs.). *30 anos da Constituição brasileira: balanço crítico e desafios à (re) constitucionalização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BACHA E SILVA, Diogo. *Ativismo no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a ilegítima apropriação do discurso de justificação pelo STF*. BH: Arraes editores, 2013.

- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco, BACHA E SILVA, Diogo, CATTONI DE OLIVEIRA. Judicialização da política, jurisprudencialismo processual penal e ativismo com sinal trocado: o Supremo Tribunal Federal e a crise política. In: RIBAS, José Ribas, CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, ANDRADE, Mário César (orgs.) *O direito e as instabilidades políticas: experiências, desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Forum, 2016.
- BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Crise da democracia representativa: a infidelidade partidária e seu reconhecimento judicial. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*; nº 100, jan/jun de 2010, p. 57-83.
- BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v.5, número especial, 2015, p. 24-51.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch*. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986.
- CLÈVE, Clemerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- DOTHAN, Shai. *Reputation and Judicial Tactics: A Theory of National and International Courts*. London: Cambridge University Press, 2014.
- GAROUPA, Nuno, GINSBURG, Tom. *Judicial reputation: a comparative theory*. Chicago: Chicago University Press, 2017.
- GIBSON, James L. CALDEIRA, Gregory A. *Citizens, Courts, and Confirmations*. Princeton University Press, 2009.
- GOHN, Maria da Glória Marcondes. Manifestações de protesto nas ruas no Brasil a partir de Junho de 2013: novíssimos sujeitos em cena. *Rev. Diálogo Educ.*, Curitiba, v. 16, n. 47, p. 125-146, jan./abr. 2016.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

- KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. *California Law Review*, volume 92, Berkeley, out. 2004.
- LACLAU, Ernesto. *A razão populista*. São Paulo: Três Estrelas, 2013.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1978.
- MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*. Trad. Geraldo de Carvalho. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- MUDDE, Cass, KALTWASSER, Cristóbal Rovira. *Populism: A Very Short Introduction*. New York: Oxford University Press, 2017.
- MÜLLER, Jan-Werner. *What is Populism?* Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2016.
- NOVAES, Adauto (org.). *O Esquecimento da Política*. Rio de Janeiro: Agir, 2007
- PERELMAN, Chaïm, OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- PIOVESAN, Flavia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SINGER, André. Brasil, junho de 2013: Classes e ideologias cruzadas. *Novos estudos Cebrap*, São Paulo, n. 97, Novembro/2013, p. 23-40.
- STEINMETZ, Wilson. Protagonismo político-institucional do Supremo Tribunal Federal e Covid-19: uma conjectura a partir da ADPF 669. *Revista Espaço Jurídico*, v. 21, p. 551-561, 2020.

TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjon. *The global expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional. Organização e atualização por Maria Garcia*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

URBINATI, Nadia. *Democracy Disfigured. Opinion, Truth, and the People*. Cambridge: Harvard University Press, 2014.

VIANNA, Luiz Werneck; et. al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

DIOGO BACHA E SILVA

Doutor em Direito pela UFRJ. Mestre em Constitucionalismo e Democracia pela FDSM. Professor da Faculdade de São Lourenço. Endereço profissional: R. Madame Schimidt, 90 - Federal, São Lourenço - MG, 37470-000, Brasil.

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9748-0714>.

E-MAIL: diogobacha@ig.com.br.

JOSÉ RIBAS VIEIRA

Possui graduação em Educação pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1976), graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1973), graduação em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1974), Mestre em Ciência Política pela Ohio University (1978), Mestre em Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1979), Doutor em Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1982), Pós-doutorado em Direito na Université Montpellier I - CERTE, com bolsa CAPES (1985-86), Professor Visitante na University of Illinois at Urbana-Champaign (1989),

Professor Visitante na University of Florida e Professor Titular aposentado de Direito Constitucional.

Endereço profissional: Terminal da PUC - Gávea, Rio de Janeiro - RJ, 22541-041, Brasil.

ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-0845-8273>.

E-MAIL: jribas@puc-rio.br.

Recebido em: 06/08/2019

Aceito em: 15/06/2022



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Autores e autoras cedem à Revista Sequência direitos exclusivos de primeira publicação, ficando o trabalho licenciado sob a Creative Commons Attribution 4.0 International License. A licença autoriza que terceiros remixem, adaptem e ou criem a partir do trabalho publicado, indicando o crédito ao trabalho original e sua publicação inicial. Os autores têm permissão para assumir contratos adicionais em separado, com distribuição não exclusiva da versão publicada na Revista Sequência, indicando, de todo modo, a autoria e publicação inicial neste periódico.