

# POPULISMO JUDICIAL: PERSPECTIVA CRÍTICA A PARTIR DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL<sup>1</sup>

*Alekssandro Souza Libério<sup>2</sup>*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 O problema da fundamentação das decisões jurídicas; 2 Breves considerações sobre o ativismo judicial; 3 Uma concepção do populismo brasileiro; 4 O populismo judicial e a crise democrática; Considerações finais; Referências.

**RESUMO:** Este trabalho apresenta uma análise crítica do populismo judicial a partir de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal. O objetivo da pesquisa é apresentar uma crítica às decisões judiciais, particularmente do Supremo Tribunal Federal, cujas fundamentações apresentem um caráter marcadamente populista e equidistante das normas jurídicas vigentes. Portanto, a questão que se levanta é se decisões judiciais pautadas em motivações de apelo popular são legítimas e democráticas. Este trabalho assume uma abordagem indutiva para enfrentar algumas decisões do STF, e a partir de uma leitura documental avaliar criticamente se são casos de populismo judicial. Dessa forma, pretendeu-se por meio de um procedimento bibliográfico tão somente de alguns contextos político-sociais, textos específicos sobre ativismo judicial, como também do populismo, sistematizar na jurisdição constitucional as decisões que assumem um caráter populista. A abordagem também aponta para as repercussões do discurso judicial populista na democracia brasileira. E, portanto, tem-se como principais resultados o reconhecimento do populismo judicial no STF e a crise democrática a ele associada.

**PALAVRAS-CHAVE:** Populismo judicial; Ativismo Judicial; Jurisdição Constitucional; Democracia.

## JUDICIAL POPULISM: A CRITICAL PERSPECTIVE ON THE FEDERAL SUPREME COURT ACTIONS

**ABSTRACT:** This work presents a critical analysis on judicial populism from some decisions taken by the Brazilian Federal Supreme Court (STF). The aim of the research is to present a critique of the judicial decisions, from the STF in particular, whose grounds are markedly populist and equidistant from the legal rules in force. Therefore, the question raised here is whether judicial decisions guided by motives of popular appeal are in fact legitimate and democratic. This work opts for an inductive approach to confront some of the STF's decision, and from a documental reading critically assess if they are cases of judicial populism. In that manner, it is intended to systematise the decisions that assume a populist profile in the constitutional jurisdiction through a bibliographical procedure of a few socio-political contexts, specific texts on judicial activism, as well as on populism. This approach also points to the repercussions of the populist judicial discourse in the Brazilian democracy. Hence, the main results here found are the recognition of judicial populism in the STF and the democratic crisis associated to it.

**KEYWORDS:** Judicial Populism; Judicial Activism; Constitutional Jurisdiction; Democracy

---

<sup>1</sup> Artigo Científico apresentado à disciplina Desafios Contemporâneos da Ordem Constitucional, do Mestrado em Direito Constitucional do IDP/iCEV.

<sup>2</sup> Autor: Advogado, Especialista em Direito Penal e Processo Penal, mestrando em Direito, lattes <http://lattes.cnpq.br/7286081179828517> e-mail: alekssandroliberio@gmail.com

## INTRODUÇÃO

Este trabalho apresenta uma análise acerca do populismo judicial. Por se tratar de categoria recente no debate jurídico, o populismo será apresentado a partir de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que apresentam as características que marcam essa categoria conceitual. O objetivo da pesquisa é apresentar uma crítica às decisões judiciais, particularmente do Supremo Tribunal Federal, cujas fundamentações apresentem um caráter marcadamente populista e equidistante das normas jurídicas vigentes.

Portanto, a questão que se levanta é se decisões judiciais pautadas em motivações de apelo popular são legítimas e democráticas. Isso porque o debate se insere no campo da teoria do Estado Democrático de Direito que possui no pluralismo político sua legitimidade. O Supremo Tribunal Federal tem pontualmente adotado um discurso jurídico fundado em argumentos moralistas, sob a alegação de que estariam legitimados pela opinião pública. Mas, como é discurso já bastante aceito, é papel do Supremo ser contramajoritário em suas decisões e, portanto, o único elemento material que deve pesar na formação do convencimento dos ministros é a norma jurídica vigente. Nesse sentido, analisaremos esse movimento judicial no sentido de buscar legitimidade de suas decisões na opinião pública.

Assim, este trabalho assume uma abordagem indutiva para enfrentar algumas decisões do STF, e a partir de uma leitura documental avaliar criticamente se são casos de populismo judicial. Dessa forma, pretendeu-se por meio de um procedimento bibliográfico tão somente de alguns contextos político-sociais, textos específicos sobre ativismo judicial, como também do populismo, sistematizar na jurisdição constitucional as decisões que assumem um caráter populista.

A abordagem do tema se dá primeiramente com uma explicação teórica sobre os fundamentos das decisões jurídicas. Em seguida, são traçadas algumas considerações acerca do ativismo judicial e populismo judicial. Logo, a partir desses aportes, é possível dialogar com o populismo judicial no STF e seus reflexos quanto ao aspecto democrático.

A abordagem também aponta para as repercussões do discurso judicial populista na democracia brasileira. E, portanto, tem-se como principais resultados o reconhecimento do populismo judicial no STF e a crise democrática a ele associada.

## 1. O PROBLEMA DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JURÍDICAS

Este trabalho parte do pressuposto que decisões judiciais proferidas pelas autoridades constitucionalmente estabelecidas devem ser fundamentadas a partir de critérios normativos. Os magistrados imbuídos da função jurisdicional, qual seja, dizer o direito no caso concreto, expõem a justificação dos argumentos que formulam em seus discursos jurídicos. Dado o positivismo jurídico brasileiro, o discurso judicial, portanto, deve guardar relação estrita com a norma vigente.

Alexy eleva a discussão ao nível mais estrito ainda quando questiona a justificação dos julgamentos jurídicos. Para ele uma afirmação jurídica singular, ou seja, a decisão judicial no caso concreto, quando se baseia logicamente na formulação de normas de direito, cuja validade decorre de axiomas jurídicos preestabelecidos, é justificável (ALEXY, 2001, p. 17). Por outro lado, decisões que se fundamentam em teses políticas, sociais ou quaisquer outras que não correspondam às normas vigentes, sofrem de ilegitimidade.

É praticamente aceitável essa proposição na teoria normativa contemporânea. Convém, todavia, observar que as normas são o elemento material das decisões judiciais. E, ressalvadas as defesas que divergem dessa premissa, aquelas decisões que se distanciam desse elemento não se justificam juridicamente.

Por escolha metodológica, não se propõe aqui dialogar com a teoria Dworkiana de uma hermenêutica moral do direito, segundo a qual haveria uma dimensão moral objetiva, ou seja, valores alinhados com a ideia Kantiana de dignidade humana que teriam o propósito de manter a unidade da comunidade política. Significa, pois, dizer que o judiciário atuaria politicamente por meio das decisões jurídicas para proteger o núcleo moral do direito, os direitos fundamentais, fazendo uso de argumentos de princípios (MACHADO, 2014).

A ideia de Dworkin apresenta alguns problemas, a exemplo da fluidez conceitual dos valores fundamentais, e a existência de decisões judiciais que contrariam preceitos legais expressos. Ou seja, ainda valem as mesmas questões apontadas por Alexy, para quem a questão da lógica argumentativa apresenta problemas de imprecisão da linguagem, a possibilidade de conflitos de normas, e decisões fundadas em regulação não prevista em nenhuma norma válida existente (ALEXY, 2001, p.17). Ao contrário, uma hermenêutica moral do direito amplia o

potencial de discricionariedade jurisdicional. Por essa razão, aqui não se sustenta essa tese Dworkiana.

Mas, o que se deseja fazer é analisar como as decisões judiciais, fundamentadas em normas jurídicas, comportam uma motivação de cunho marcadamente político. Trazendo o debate para o campo da jurisdição constitucional, George Abboud e Gilmar Mendes pontuam que os magistrados que agirem premidos de suas vontades e entendimentos particulares, estariam exprimindo como as leis deviam segundo suas próprias convicções, fazendo uso de argumentos jurídicos incompatíveis com a Constituição. Votos baseados em suas visões políticas e sociais particulares descumprem o juramento que fizeram ao assumir o cargo na Corte (ABBOUD E MENDES, 2019, p. 3). Assim, as razões jurídicas precisam estar alinhar-se à previsão normativa, especialmente constitucional, e de uma democracia plural.

O Direito possui uma linguagem codificada cuja hermenêutica não pode partir do sentido comum teórico dos juristas que se caracteriza, conforme Streck (2012, p. 2), pelo “conjunto de crenças, valores e justificativas por meio de disciplinas específicas, legitimadas mediante discursos produzidos pelos órgãos institucionais”. Os discursos produzidos judicialmente devem partir do conjunto normativo vigente, ou seja, das leis, jurisprudências, e princípios gerais do direito.

Apesar de a dogmática jurídica representar o consenso da comunidade científica e em alguma medida conferir segurança jurídica pela previsibilidade das decisões judiciais é desejável que a crítica contribua para que não haja uma limitação à novas teorias ou novos diálogos doutrinários sobre o tema (STRECK, 2012, p. 4)

Entretanto, os discursos jurídicos precisam conter algum critério sistemático garantidor da dimensão democrática constitucional advinda a partir da Constituição de 1988. Foram muitas mudanças de paradigmas, muitos dos quais ainda não foi bem recepcionado pelo clássico discurso jurídico dos doutrinadores. Isso se faz mais presente na justiça criminal onde o caráter autoritário do processo penal é o mesmo desde 1941.

Assim, é importante pautar que jurisdição, como poder dos magistrados e tribunais de dizer o direito no caso concreto, é distinta da judicialização e do ativismo judicial. Essa diferenciação conceitual se mostra importante para se reforçar as conclusões do tema proposto nesse trabalho.

## 2. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ATIVISMO JUDICIAL

Premidos da previsão normativa do artigo 4º da Lei de introdução às normas do direito brasileiro, conhecida como LINDB, segundo a qual quando a lei for omissa, “o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Nesse dispositivo resta evidente o conteúdo formal da jurisdição brasileira. Logo, a jurisdição se trata de um poder investido aos juízes e tribunais brasileiros para decidir o caso concreto conforme as normas vigentes.

Quanto ao conteúdo e alcance do termo Ativismo Judicial, são muitos os que propõem uma definição minimamente geral, mas que comumente entra em contradição a alguma outra conceituação existente. Barroso (2012, p. 25) entende que “o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo (...)”. Tal entendimento se baseia na ideia da inafastabilidade jurisdicional.

Todavia, cumpre advertir que indicam ter sido nos Estados Unidos da América a origem do ativismo judicial, e teria sua razão de ser a propósito do sistema do *common law* em que a jurisdição é exercida à par da cultura dos precedentes, e menos nas normas positivadas (BARROSO, 2012; CAMPOS, 2014; ABOUD, LUNELLI, 2015).

Abboud e Lunelli (2015, p. 4) sugerem reflexões acerca desse termo “pode o sentido do texto constitucional (ou mesmo das leis) resumir-se a um mero juízo de conveniência do julgador? Será que o sentido dos textos está à disposição do interprete, para que este “pinçe” – ou mesmo crie – aquele que, a depender de suas convicções ideológicas, mais lhe agrade?”. Tais questões precisam efetivamente de melhores debates pois atingem o núcleo do problema acerca do ativismo judicial.

Ainda, segundo Barroso (2012, p. 25-26) “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes”. No entanto, Teixeira (2012, p. 49) alerta para a possibilidade de se estar substituindo a vontade da lei instituída pelo Soberano (no caso do Brasil, em regra, o povo por meio dos seus representantes eleitos) pela discricionariedade do intérprete.

Em todo caso, o ativismo judicial é dado presente no Brasil, ainda que recente, e traz consigo toda uma série de questões ligadas à sua conceituação e legitimidade. Contudo, toda essa abordagem foi para nos inserir num fenômeno tangente ao ativismo, o populismo judicial.

Mas, ainda de adentrar na análise do populismo, é preciso esclarecer, conforme Barroso (2012, p. 24) que judicialização “significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo (...)”. A judicialização de direitos como a vida, saúde, educação, etc., traz para dentro dos tribunais debates que deveriam se desenvolver nos espaços marcadamente mais democráticos: as casas legislativas, e o poder executivo através das políticas públicas.

Nesse mesmo contexto é perceptível um judicialização da política. Por meio de ações judiciais, questões políticas são discutidas e decididas pelos magistrados em uma flagrante e perigosa interseção dos Poderes da República. Essas decisões sofrem de um déficit democrático porque, embora constitucionalmente prevista a jurisdição dos magistrados, o judiciário interfere na política fundado em argumentos muito mais políticos que tecnicamente jurídicos (MACHADO, 2014).

Ocorre que nem toda judicialização desemboca em ativismo judicial. Há decisões que ocorreram no âmbito da judicialização de certos temas que ocorreram dentro dos limites da legalidade e da hermenêutica judicial tradicional (BARROSO, 2012). Portanto, A judicialização não tangencia ao debate que propomos, e por essa razão seguimos acerca do populismo judicial.

### **3. UMA CONCEPÇÃO DO POPULISMO BRASILEIRO**

A ideia de populismo tem sido associada com mais frequência à ciência política. O populismo político é apresentado como sendo um comportamento de políticos que prometem, a partir de uma articulação de retórica fácil, soluções para os complexos problemas sociais de forma a agradar à massa popular. As promessas surtem o efeito de acalmar os anseios sociais mais proeminentes naquele momento, embora possam ser evidentemente inoperantes. A presença de discursos populistas no campo da política marca a própria história brasileira, ou pelo menos desde os anos da década de 50 (GOMES, 1996).

Desde 1988 quando da Constituição da República foi promulgada como carta cidadã, é possível perceber um movimento de política criminal pautado no populismo (CAMPOS, 2014). Assim, a elaboração de normas penais que tem por objetivo conter o sentimento social de insegurança decorrente do aumento das taxas de criminalidade nesse período pode ser denominado de populismo penal (AZEVEDO, 2009).

Essa onda punitiva de apelo popular possui dois agentes fundamentais que manipulam a opinião pública acerca da criminalidade: a mídia e os políticos. O ciclo punitivo acontece quando a mídia passa a noticiar cotidianamente casos episódicos de violência que lhe proporciona um aumento na audiência e do sentimento de insegurança na população. Em seguida, surgem os políticos que se movimentam para apresentar uma resposta rápida e que tranquiliza a população que assiste apavorada a criminalidade na televisão e demais meios de comunicação. A movimentação política tem dois objetivos, primeiro manipular a opinião pública sobre a atuação eficiente dos representantes, segundo a captação da simpatia do público que durante as eleições se converte em voto (VON SOHSTEIN, 2013).

À população duplamente manipulada são dirigidos os discursos punitivos. A mídia, a pretexto de cumprir com seu papel de informar, fomenta a sensação de insegurança e o desejo social de combate à criminalidade, ao tempo em que transforma os processos criminais em verdadeiros espetáculos públicos. Os políticos buscam legitimar seus discursos punitivos na opinião pública já manipulada pela mídia, e com isso legislam um direito penal de emergência totalmente descompromissado com os direitos e garantias fundamentais (VON SOHSTEIN, 2013). O populismo penal midiático, portanto, é a política criminal mais evidente no Brasil desde 1988, por ela se clama principalmente por mais punição, posição cômoda aos legisladores e que não exige ações mais concretas no enfrentamento à criminalidade.

Em decorrência desses ciclos punitivos, o populismo ganha um novo ator, os magistrados. A utilização pelos membros do Poder Judiciário das categorias do populismo penal desemboca em um igual movimento de populismo, mas agora judicial (SALGADO, 2018).

Portanto, pelo populismo há uma demanda social por respostas aos problemas sociais de natureza jurídica, em seguida uma inflação legislativa em matéria penal, e por fim, a atuação populista do Poder judiciário. O resultado disso é uma flexibilização cada vez maior dos direitos e garantias fundamentais em prol de uma política de

combate ao crime por parte dos magistrados. A figura do juiz Hércules de Dworkin na sua forma mais evidente.

O populismo judicial acontece quando os magistrados atuam segundo uma moralidade subjetiva dos seus agentes, em franca negação com a supremacia constitucional. A presença do populismo na retórica judicial pode ser evidenciada em diversos casos de repercussão nacional. A perda de referência constitucional e do respeito aos direitos fundamentais, além do campo legislativo, agora alcança o campo judicial (SALGADO, 2018).

Nesse ponto, há uma interseção do populismo judicial com o ativismo judicial. No âmbito de atuação do poder judicial, os magistrados premidos de suas vontades e entendimentos particulares, estariam exprimindo como as leis deviam ser segundo suas próprias convicções, fazendo uso de argumentos jurídicos incompatíveis com a Constituição. As decisões baseadas em suas visões políticas e sociais particulares descumprem o juramento que fizeram ao assumir o cargo na Corte (ABBOUD E MENDES, 2019, p. 3).

Não raramente, os casos e decisões criminais, tomam a capa dos principais noticiários. A esperança social de que “algo será feito” recai excessivamente sobre a toga dos magistrados. São vários os programas de rádio e TV que abordam a questão criminal de maneira juridicamente problemática<sup>3</sup>. Percebe-se graves violações a direitos fundamentais nesses noticiários. Mas, a questão que se levanta são os efeitos sociais no cotidiano permeado por notícias sobre criminalidade. O aumento dos índices de criminalidade associado ao aumento da sensação de insegurança, tudo amplamente explorado por essas mídias, leva a opinião pública a reclamar uma postura mais firme e urgente das autoridades estatais (BECHARA, 2008). Uma

---

<sup>3</sup> Cf. (I) Araújo, Marcos José de. Programas policiais: fenômenos de audiência no rádio' 01/07/2003 147 f. Mestrado em Comunicação Instituição de Ensino: Universidade Federal De Pernambuco, Recife Biblioteca Depositária: Biblioteca Central da UFPE. (II) Souza, Pedro Cysne Frota de. O crime como espetáculo de entretenimento - direito de imagem e liberdade de imprensa relativos aos programas policiais: aproximações entre Brasil, França e Estados Unidos ' 11/08/2017 136 f. Mestrado em Direito Constitucional Instituição de Ensino: Universidade De Fortaleza, Fortaleza Biblioteca Depositária: Biblioteca Da Universidade de Fortaleza. (III) Tordoro, Marcos Antonio. A Ação Policial e os Direitos Humanos: Pesquisa sobre valores e atitudes de policiais militares paranaenses.' 14/03/2014 132 f. Mestrado Profissional em Políticas Públicas Instituição de Ensino: Universidade Estadual De Maringá, Maringá Biblioteca Depositária: Biblioteca Central Da Universidade Estadual De Maringá. (IV) Assis, Adriano Baptista. Visão socioepistêmica das políticas públicas de segurança e Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública: uma leitura contemporânea' 07/08/2014 142 f. Mestrado em DIREITO Instituição de Ensino: Pontifícia Universidade Católica De São Paulo, São Paulo Biblioteca Depositária: PUC-SP. (V) Alves, Poliana Sales. Bandido Bom é Bandido Morto Experiência estética e produção de sentidos nos programas policiais da televisão: o caso do Bandeira 2' 26/08/2013 128 f. Mestrado em Cultura e Sociedade Instituição de Ensino: Universidade Federal Do Maranhão, São Luís Biblioteca Depositária: Biblioteca Central da UFMA.

sociedade amedrontada pela criminalidade violenta presente no seu dia-a-dia, ainda que exclusivamente pelo noticiário, demanda respostas agora judiciais aos casos explorados pela mídia.

Sobretudo após a Criminologia trazer para o campo de debate a vítima, a sociedade se vê como tal quando ocorrem crimes contra os bens jurídicos sociais. Esses bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal podem ser classificados como de perigo abstrato posto que o dano é presumível a todos os membros da sociedade. Quando seus bens estão em perigo a tendência natural é reclamar do Estado uma postura firme de enfrentamento ao conflito social que se apresenta.

Segundo Bechara (2008) “essa é a aspiração de uma coletividade que se autocompreende antes de tudo como vítima, e, por isso, provoca importante transformação no âmbito do Direito Penal objetivo: perde-se a visão deste como instrumento de defesa dos cidadãos frente à intervenção coativa do Estado”. Mas, quando se analisa a atuação do juiz populista pela ótica da função contramajoritária que exerce o Supremo Tribunal Federal, conclui-se que o populismo judicial é disfuncional.

O anseio social por mais segurança se torna o subterfúgio discursivo que motiva a jurisdição a decidir no âmbito criminal se valendo do argumento das “vozes da rua”<sup>4</sup>. Esse argumento, de uma maior intervenção penal fundado no “clamor social”, legitima o discurso de emergência que torna o Direito Penal não um instrumento de limitação do arbítrio punitivo estatal, mas um instrumento de intervenção punitivo mais contundente.

#### **4. O POPULISMO JUDICIAL E A CRISE DEMOCRÁTICA**

O populismo judicial pode ser entendido como uma permissão interpretativa dada aos magistrados para que atuem à margem das normas vigentes com vistas à aceitação social de suas decisões. São decisões equidistantes de fundamentos jurídicos, mas com forte apelo a uma legitimidade popular. Nesse sentido, as normas jurídicas se tornam quase irrelevantes.

---

<sup>4</sup> Termo utilizado pelo Min. do STF Luis Roberto Barroso em seu voto nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54 que tratam da execução de sentença condenatória após manutenção da condenação em segundo grau de jurisdição. Termo que foi reafirmado pelo Ministro em evento. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-abr-02/barroso-stf-responder-aos-sentimentos-sociedade> Acessado em 20 mai. 2020.

O que se visualiza é um populismo dos conflitos sociais. Muitos dos incômodos e angústias sociais são casuístas e fenomênicas. A opinião pública tem origem em causas que podem ser constantes, mas podem ser também casuístas. Sempre que os interesses sociais precisarem estar refletidos nas decisões judiciais não precisaríamos da jurisdição, bastava uma grande consulta pública.

O discurso populista tomou assento no Poder Judiciário de maneira messiânica em quase todos os graus de jurisdição, “o messianismo e o populismo deixaram de ser exclusivos nos espaços de luta eleitoral. O uso do discurso moralista já vai além da tentativa de conquista de votos ou da intenção de macular a imagens de adversários em propagandas e debates” (SALGADO, 2018, p. 203).

O principal efeito do populismo judicial é que para atender aos anseios sociais, ao clamor social, ou mesmo estar antenado às vozes das ruas, o juiz populista adota uma fundamentação política e demagógica nas decisões. Outro, e talvez mais preocupante efeito é a flexibilização de direitos e garantias fundamentais para dar cabo às decisões judiciais que descuidam da fundamentação jurídico-normativo.

Assim como nas disputas eleitorais em que uns ganham outros perdem, o populismo judicial cria um cenário de eles e nós. Essa linha divisória estabelece aqueles que podem ter direitos e aqueles que não podem ter direitos. Quando autorizamos a violação, primeiramente da igualdade formal e material, a violação de uma série de outros direitos fundamentais, a exemplo da presunção de inocência, nos autorizamos que o Estado haja conforme interesses de grupos, e não os interesses pré-estabelecidos nas normas. Isso não implica dizer que a legislação não possa ser alterada para comportar nos interesses sociais.

Ao analisar a aplicação da Teoria do Domínio do Fato pelo Supremo Tribunal Federal no processo do Mensalão, Marcelo Novelino (2013, p. 267) indica o malabarismo hermenêutico utilizado pelos ministros “pareciam sugerir que a teoria fora utilizada, não para se chegar ao resultado (raciocínio decisório), mas sim como uma justificção para legitimar uma escolha prévia (raciocínio justificativo) influenciada, em grande medida, pela pressão da mídia e da opinião pública.”

De qualquer modo, embora a inexistência de dados estatísticos inviabilize qualquer conclusão mais específica sobre o grau de alinhamento político do Tribunal com os pontos de vista da sociedade, é possível afirmar que, em determinados contextos, existe uma grande probabilidade de que a opinião pública efetivamente interfira, de alguma forma, no resultado decisório final. As investigações empíricas realizadas em outros países demonstram ser de grande ingenuidade pensar que o comportamento judicial é determinado exclusivamente pelo Direito e que os juízes conseguem ficar totalmente

imunes à interferência dos pontos de vista predominantes na sociedade. (NOVELINO, 2013, p. 321)

Se os juízes como parte da sociedade não permanecem distantes aos fatos que angustiam a todos, decidir com base na vontade popular ou é ingenuidade ou inexperiência, duas hipóteses que são incompatíveis com os Ministros do STF tendo em vista que possuem “notável saber jurídico” necessário para assumir o cargo. Jogar para a plateia e decidir de maneira consequencialista é populismo judicial.

Evidência de decisão populista foi a decisão judicial do Juiz Sérgio Moro durante a operação lava-jato quanto autorizou a mídia divulgar uma conversa da então presidenta da República Dilma Rousseff e o ex-presidente Lula da Silva<sup>5</sup>. Na ocasião, a interceptação de conversação telefônicas que foi divulgada era ilegal por duas razões. A primeira razão é a flagrante violação ao sigilo, notadamente de autoridade do alto escalão da República. E a segunda, era a ilegalidade da interceptação que fora realizada mesmo após o término do período determinado judicialmente. O Supremo Tribunal Federal anulou parte da interceptação motivado justamente na ilegalidade o ato praticado pelo juiz.

Nesse mesmo caso, o Supremo Tribunal Federal cassou a nomeação de Lula da Silva como ministro, ato praticado pela presidenta Dilma Rousseff<sup>6</sup>. A fundamentação da decisão ocorreu sob o argumento de um ato administrativo imoral, e prática de ato ilícito atípico. Alegando não haver lugar no Estado Democrático de Direito para um fato ilícito atípico, Salgado (2018, p. 207) afirma que “o sistema sancionador tem um regime jurídico próprio, que implica na exigência de que as condutas que se consideram ilícitas sejam especificamente previstas, no âmbito de uma legalidade estrita. Tudo isso foi ignorado em nome da leitura privada moral do julgador”. Em momento posterior, mas não tão distante do relatado, o mesmo Tribunal autorizou a nomeação do investigado Moreira Franco pelo Michel Temer. Dois casos iguais, com posturas judiciais bastante antagônicas.

Para ficar no mesmo caso, estabeleceu-se um debate generalizado acerca da possibilidade de cumprimento de pena de prisão logo após manutenção de decisão

---

<sup>5</sup> É possível acompanhar a decisão que levantou o sigilo da interceptação telefônica em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-levantamento-sigilo.pdf> Acessado em 27 dez. 2020. Também é possível acompanhar a decisão do Supremo Tribunal Federal que considerou ilegal o grampo disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-grampos-ilegais-lula-dilma.pdf> Acessado em 27 dez. 2020.

<sup>6</sup> Decisão que suspende a nomeação de Lula da Silva disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-suspende-lula-casa-civil.pdf> Acessado em: 27 dez 2020.

condenatória em segunda instância. O texto constitucional veda a possibilidade posto ser garantia da presunção de inocência. Ocorre que, esse tema, debatido em diversas outras oportunidades no STF, ficou estabelecido naquela oportunidade que a prisão em segunda instância era constitucional.

Esta decisão foi tida por alguns setores jurídicos, mas, sobretudo, político como decisão que tinha por objetivo impedir a candidatura de Lula da Silva ao cargo de presidente. O fundamento que Barroso utilizou na decisão foi motivada pelo anseio social que assim clamava<sup>7</sup>.

O que se percebe ao analisar os casos citados é que o judiciário se movimenta conforme a opinião pública (aqui nos referimos apenas àquelas que são postas em evidência pela mídia) se movimenta. As decisões, nesses casos, são tomadas muito mais com o objetivo de agradar a opinião que vem a público, do que necessariamente aplicar as normas vigentes ao caso concreto.

Nesse sentido, o populismo judicial imprime uma necessidade premente de manifestação do Poder Judiciário nos principais debates públicos, ainda que não especificamente em concreto, ou que guarde relação com a lei. Muitos advogam no sentido de que esse é o caminho aberto ao ativismo judicial.

Uma das formas de ativismo judicial é o consequencialista, aquele em que a atividade decisória está munida de consequências práticas. Nesse tipo de ativismo Abboud (2019, p. 4) sustenta que “o ativismo judicial consequencialista aparece, na jurisprudência brasileira, como verdadeiro subterfúgio retórico para substituir o direito vigente pela subjetividade do intérprete.” A jurisprudência brasileira quando em prol da “segurança pública”, “da moralidade social”, “combate a corrupção” e etc. adota o ativismo judicial consequencialista põe em risco a própria democracia.

A engenharia constitucional construiu uma série de mecanismos institucionais com competências previamente estabelecidas. Separação de poderes, freios e contrapesos, controles interno e externo são alguns desses mecanismos que fazem a democracia brasileira funcionar. Cada um dos órgãos estatais age conforme suas atribuições.

Quando um Juiz ou Tribunal, através de sua decisão, pretende “combater a corrupção” “diminuir a criminalidade” ou mesmo “dar uma lição” a democracia é quem sofre as consequências. Isso porque juiz não é justiceiro, Tribunal não faz Política

---

<sup>7</sup> É possível acompanhar a decisão disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-barroso-execucao.pdf> Acessado em 27 dez. 2020.

Criminal, a jurisdição permite aos órgãos judiciários apenas aplicar as normas previamente estabelecidas ao caso concreto. Há nessa hipótese uma usurpação de papel democrático.

É isso que Salgado (2018, p. 195) denuncia como novo inimigo da democracia, a “utilização da gramática populista pelos membros do Poder Judiciário e a demonstração como isso ameaça os direitos fundamentais e a democracia”. Ditado popular já dizia que estômago vazio é mau conselheiro. O discurso de emergência que ladeia as decisões no âmbito criminal surge a partir desse anseio social de resposta rápida e eficaz contra a criminalidade. Dessa pressão social a que está exposto o Judiciário brasileiro desde o midiático processo do mensalão. As consequências são inúmeras e atuais, destacadamente a insegurança jurídica é a mais proeminente.

No entender de Abboud (2019, p.5) as decisões judiciais devem buscar fundamento na lei, “pouco importando se as regras legais apresentem ou não solução clara ao caso, será ativista toda decisão que não se embasa no direito e sim em fatores metajurídicos como a moral, economia, política dentre outros”.

No campo criminal o STF exerce poderosa influência, sobretudo pelos *Habeas Corpus* que chegam ao Tribunal questionando a violação da liberdade de locomoção sob o argumento de abuso de autoridade. A quantidade de ordem de Habeas Corpus concedidas pelo ministro Gilmar Mendes já foi inclusive questionada e alvo de frequentes matérias no noticiário nacional. Em levantamento realizado pela O Estado de São Paulo<sup>8</sup> o ministro Mendes assinou mais de 620 Habeas Corpus monocraticamente. Ocorre que, se as decisões desses *habeas corpus* se baseiam nas normas vigentes, não há que se falar em populismo, todavia, na medida em que esse remédio constitucional em favor dos direitos e garantias fundamentais é utilizado pelo poder judiciário para garantir atenção às vozes das ruas, a legitimidade do próprio Poder se encontra em debate.

Por outro lado, o Brasil vive momento delicado no que se refere a crimes de colarinho branco, sobretudo, corrupção nas instituições públicas, fato que causa indignação e reclama intervenção imediata e firme do Estado. A prisão aparece como

---

<sup>8</sup> Cf. Correio Braziliense. Gilmar Mendes o ministro do STF que deu mais habeas corpus desde 2009. Disponível em:

[https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/01/06/interna\\_politica.818578/gilmar-mendes-o-ministro-do-stf-que-deu-mais-habeas-corpus-desde-2009.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/01/06/interna_politica.818578/gilmar-mendes-o-ministro-do-stf-que-deu-mais-habeas-corpus-desde-2009.shtml) Acessado em 18 mai. 2020.

saída de emergência à falência das outras formas de controle social. De um lado a liberdade, do outro a ordem pública; é nesse cenário que estão inseridos os juízes.

Inúmeros casos poderiam ser elencados para demonstrar a intervenção da jurisdição constitucional para manutenção da estabilidade da democracia brasileira, haja vista, tão comum que se tornou, já fazendo parte do senso comum nacional. Esse papel de garantidor da ordem democrática constitucional é justamente a fronteira entre o Estado Democrático de Direito e o Estado Autoritário. Não por acaso, um dos principais gritos da ideologia política de extrema direita<sup>9</sup> que tomou o poder no Brasil está o fechamento do STF.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Algumas decisões do Supremo Tribunal Federal apresentam forte apelo populista porque são decisões fundadas no interesse episódico, dinâmico, e seletivo de uma parcela do povo brasileiro. Todavia, é importante salientar que o Supremo desempenha um papel contramajoritário. Nesse sentido, a valoração legítima que precisa ser dada pelos ministros é no sentido estrito das normas vigentes.

Evidenciada a presença do populismo judicial é possível avaliar que ele compromete a estrutura democrática posto que não se alinha aos limites de atuação dos agentes estatais em suas respectivas esferas de competência. O Juiz ou Tribunal que se vale do populismo carece que legitimidade.

O ativismo judicial, sobretudo o consequencialista, é reflexo da falta de legitimidade das decisões. A legitimidade das decisões é extraída dos fundamentos normativos formal, como as leis e jurisprudência. O ativismo judicial consequencialista é casuístico e suas motivações são extra legais.

Quando, no Brasil, uma série de fatos políticos e sociais põem pautam o debate jurídico a Constituição Federal e demais normas jurídicas devem servir de dique de contenção ao discurso jurídico populista. O desenho pós 1988 é que estando sob ameaça a estrutura democrática é preciso ter um refúgio que traga a normalidade das coisas, e esse seria um papel importantíssimo do Supremo Tribunal Federal brasileiro que, aliás, já vem sendo acionado e exposto devido a quantidade de pautas político-sociais que forçam os limites da democracia.

---

<sup>9</sup> Cf. Jornal Cruzeiro. Disponível em: <https://www.jornalcruzeiro.com.br/brasil/manifestacoes-por-todo-o-pais-viram-teste-e-apoio-popular-ao-governo> Acessado em 18 mai. 2020

Finalmente é preciso lembrar que a atuação do STF deve ser residual, pois sua existência já demonstra existência de instabilidade. Significa dizer que todas as demais instituições devem zelar pela Democracia, mas se as mencionadas instituições apresentarem falhas, temos o Supremo Tribunal Federal como última fronteira na defesa da democracia. E, é justamente nesse sentido que se avaliar haver uma ameaça à democracia a cada decisão judicial populista, especialmente por não ser um órgão de representação popular, mas sim a última fronteira jurídica do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Consequencialismo jurídico**: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial. v. 1009/2019 São Paulo: Revista dos Tribunais Online, 2019. pp. 1-9.

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo: diálogos entre discricionariedade e democracia. **Revista do Processo**, São Paulo, v. 242, n. 1, p. 21-47, abr. 2015.

ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. **Ativismo judicial**: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. v. 1008/2019 São Paulo: Revista dos Tribunais Online, 2019. pp. 1-9.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Justiça Penal e Segurança Pública no Brasil: causas e consequências da demanda punitiva. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, São Paulo, v. 4, n. 3, p. 94-113, abr. 2009.

BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Vol. 5, número especial, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **(Syn)Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, jan. 2012.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 103, p. 411-436, dez. 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**, de 05 de fevereiro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 2015. Secretaria de editoração e publicações - SEGRAF.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. **Lex**. Brasília, DF, 04 set. 1942.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Poder Judiciário. **Informativo**. ADPF 347. 2015. ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.9.2015. (ADPF-347). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>> Acesso em: 20 maio 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no STF**. São Paulo: Forense, 2014.

CORRÊA, Hudson. O brasileiro fala cada vez mais sobre política. E confia cada vez menos nos políticos. 2016. **Revista Época**. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/politica/noticia/2016/11/o-brasileiro-fala-cada-vez-mais-sobre-politica-e-confia-cada-vez-menos-nos-politicos.html>> Acesso em: 15 maio 2020.

DAHL, Robert A. **Tomada de decisões em uma democracia**. Revista de direito administrativo. p. 31. Tradução realizada a partir do original: DAHL, Robert.

GABARDO, Emerson. **Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988**. Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, pp. 65-91, out./dez. 2017.

GOMES, Angela de Castro. O populismo e as ciências sociais no Brasil: notas sobre a trajetória de um conceito. **Tempo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 31-58, jan. 1996.

JÚDICE, Mônica Pimenta. **A jurisdição brasileira no estado democrático de direito e o pluralismo participativo**. JusBrasil. Artigo. Disponível em: <<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/373370001/a-jurisdicao-brasileira-no-estado-democratico-de-direito-e-o-pluralismo-participativo>> Acessado em 22 mai. 2020.

MACHADO, Igor Suzano. **A decisão judicial entre a hermenêutica moral e a articulação política**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 109, pp. 365-409, jul./dez. 2014.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"**. Tradução do alemão: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Novos Estudos n.º 58. nov. 2000. pp. 183-202.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 33. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORLINO, Leonardo. Qualidades da democracia: como analisá-las. **Revista Sociedade e Cultura**. Goiânia, v. 18, n. 2, p.177-194, dez. 2015. Semestral.

NOVELINO, Marcelo. **A influência da opinião pública no comportamento judicial dos membros do STF. Constitucionalismo e Democracia.** FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org.). Salvador: Juspodivm, 2013, p. 265-328.

NOVELINO, Marcelo. O Supremo Tribunal Federal brasileiro e a opinião pública. **Revista do Ministério Público.** n. 146 Rio de Janeiro: abr. jun. 2016. pp. 77-107.

SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos.** n. 117 Belo Horizonte: jul./dez. 2018. pp. 193-217.

STRECK, Lênio Luis. **O que é isto – a verdade real? Uma crítica ao sincretismo.** v. 921 São Paulo: Revista dos Tribunais Online, 2012. p. 1–19.

VON ILHERING, Rudolf. **A luta pelo direito.** São Paulo: Martin Claret, 2007.

VON SOHSTEN, Natália França. Populismo penal no Brasil: o verdadeiro inimigo social que atua diretamente sobre direito penal. o verdadeiro inimigo social que atua diretamente sobre direito penal. **Âmbito jurídico.** 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/populismo-penal-no-brasil-o-verdadeiro-inimigo-social-que-atua-diretamente-sobre-o-direito-penal/>. Acesso em: 19 dez. 2020.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão judicial. **Revista Direito GV,** São Paulo, v. 1, n. 8, p. 37-58, jan. 2017.