ENTRE POPULISMO E VANGUARDISMO: NOTAS QUANTO AO DESENHO CONSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL

BETWEEN POPULISM AND VANGUARDISM: NOTES ON THE CONSTITUTIONAL DESIGN OF JUDICIARY POWER IN BRAZIL

José Armando Ponte Dias Júnior*

***RESUMO**: Com o advento da cultura jurídica pós-positivista e o conseguinte reconhecimento dos princípios como normas dotadas de juridicidade e imperatividade, houve no Brasil uma reaproximação entre direito e política, ética e direito, legislação e jurisdição e, mais que tudo, entre direito e moral. Nessa conjuntura, reforçou-se o protagonismo do Poder Judiciário. Para alguns, o Judiciário representa o povo e deve alinhar suas decisões ao clamor social, podendo mesmo, em certas ocasiões, atuar em nome de uma vanguarda iluminista. Para tantos outros, o Judiciário tem atuado de maneira moralista e populista, extrapolando o que dele se espera. O presente artigo, contrastando posições antagônicas em exercício dialético, analisará os caracteres do desenho constitucional do Poder Judiciário brasileiro, buscando encontrar, em meio a vanguardismos, moralismos e populismos, o espaço verdadeiramente democrático de sua atuação constitucional.*
***Palavras-chave:** Judiciário. Populismo. Vanguardismo. Desenho constitucional.*

***ABSTRACT**: With the advent of the post-positivist legal culture and the consequent recognition of principles as norms endowed with legality and imperativity, in Brazil there was a rapprochement between law and politics, ethics and law, legislation and jurisdiction and, more than anything, law and morality. In this context, the role of the Judiciary was reinforced. For some, Judiciary represents the people and must align their decisions to the social outcry, and may even, on certain occasions, act in the name of an illuminist vanguard. For so many others, Judiciary has acted in a moralistic and populist manner, extrapolating what is expected of it. This article, contrasting antagonistic positions in dialectical exercise, will analyze the characters of the constitutional design of the Brazilian Judiciary, seeking to find, in the midst of vanguardisms, moralisms and populisms, the truly democratic space of its constitutional performance.*
***Keywords:** Judiciary. Populism. Vanguardism. Constitutional design.*

* Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, PR, Brasil.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN), Natal, RN, Brasil.
https://orcid.org/0000-0002-3115-8922

1 INTRODUÇÃO

O populismo definitivamente está na ordem do dia. Mundo afora, movimentos populistas de direita e de esquerda assumem e se instalam nos governos dos Estados. Mas o que seria exatamente o populismo?

Diferentemente do que se dá com o socialismo, com o liberalismo, com o comunismo, com o trabalhismo ou com o conservadorismo, são raros os movimentos, partidos políticos ou segmentos sociais organizados, ao menos no Brasil, que se autoproclamem ou que se autodefinam como populistas, fato esse que, por si só, já permite antever uma dificuldade maior na apresentação de um conceito razoavelmente aceito do que seja populismo.

De fato, não há um conceito de consenso entre cientistas políticos acerca do que seja populismo, o qual costuma ser definido a partir de algumas características em comum extraídas de determinadas experiências históricas em relação às quais, na expressão de Tormey (2019, p. 23), a denominação de movimento populista "pareceu por alguma razão aderir"

Como explica Tormey (2019, p. 20-21), o termo se presta a uma variedade de definições e usos, a depender das diferentes opiniões acerca de quais seriam suas características essenciais, havendo quem o tome por uma ideologia e quem o considere como uma plataforma para ampliação de outras ideologias, como o autoritarismo ou o nacionalismo, havendo ainda os que o consideram como um discurso do povo ou como um movimento performático mais voltado ao confronto direto e muitas vezes associado a maus modos, notadamente no uso de uma linguagem "no mínimo brusca e com frequência brutal e cheia de ódio" (TORMEY, 2019, p. 49).

Cônscio da diversidade de usos do termo populismo, o presente trabalho toma por premissa teórica a ideia majoritariamente difundida segundo a qual democracia e populismo são conceitos antitéticos, antinômicos, antagônicos e reciprocamente antipáticos, compondo reverso e anverso de um mesmo fenômeno[1].

Nessa perspectiva, sendo inconciliáveis as noções de populismo e democracia, no contexto de um Estado Democrático de Direito, o populismo ostentará sempre e inequivocamente uma conotação negativa, sendo sempre algo ruim, algo contra o qual é preciso lutar constantemente.

[1] Importante consignar que há quem sustente a possibilidade de existência de um *populismo democrático.* Para Tormey (2019, p. 204), por exemplo, é possível a existência de um populismo não autoritário, que poderia complementar formas existentes de democracia representativa ou mesmo melhorá-las. Mouffe (2018, p. 5), por outro lado, pugna por um populismo de esquerda (*left populism*), o qual define como uma estratégia discursiva de construção da fronteira política entre o povo e a oligarquia, e cuja adoção aprofundaria a democracia nesse momento de crise da formação hegemônica neoliberal. Ambos os pensamentos, contudo, não são compatíveis com as premissas conceituais deste trabalho.

Governos populistas, nessa linha conceitual, seriam governos antidemocráticos, amiúde caracterizados pelo ódio aos imigrantes e às minorias étnicas, pela desconfiança na imprensa, pelo recurso a teorias da conspiração e disseminação de *fake news*, pelo desafio tenaz aos direitos humanos, pelo desmantelamento ou mesmo a abolição de instituições independentes, pela intolerância e ataques contra a imprensa, pela apresentação de soluções fáceis para problemas complexos, pela modificação de regras eleitorais em benefício próprio, pela idolatria a governos autoritários do passado, pela ameaça ostensiva ou camuflada de prisão de adversários políticos, pelo ataque a políticos corruptos que pouco a pouco se transformam em rejeição radical de aspectos fundamentais do sistema político, pela recusa de aceitação de resultados de eleições em caso de derrota nas urnas, com alegações antecipadas sobre fraude eleitoral, e ainda pela autorrepresentação do líder populista como porta-voz exclusivo do povo, pela intolerância ao pensamento divergente e pela apresentação dos adversários políticos como inimigos do povo (MOUNK, 2018)[2].

Os populistas, de fato, costumam atacar seus críticos e opositores com termos incisivamente duros e pejorativos, rotulando-os invariavelmente como inimigos e, por vezes, como subversivos ou mesmo como terroristas (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 79).

E é precisamente nessa propensão para dividir a sociedade em dois grupos antagônicos, em que, de um lado, está o povo, e de outro, as elites, que, segundo Tormey (2019, p. 32), consiste o traço mais característico do populismo.

Ora, ao dividir o mundo entre os que estão ao lado do povo e os que estão contra o povo, firma o populismo, em traço forte e indelével, uma de suas mais marcantes características, a pretensão de exclusividade na reivindicação do monopólio moral da representação e de exclusividade na captação da moral social.

Com efeito, o populista se arvora na posição de porta-voz do povo e insiste em querer ser o mais autêntico intérprete da moral social. O populista é, pois, antes de tudo, um moralista.

A partir dessa última característica – e estando o populismo na ordem do dia –, alguns críticos, por vezes de maneira simplista, passaram a operar a transposição dos postulados populistas, alargando seus contornos, para que também viessem a alcançar a atuação do Poder Judiciário e, mais especificamente, da jurisdição constitucional.

[2] Como explicam Levitsky e Ziblatt (2018, p. 80-81), a investida populista contra a democracia costuma ser lenta e sutil, porém firme e gradativa, fazendo uso de estratagemas que, ao início, mostram-se insignificantes, chegando mesmo a passar despercebidos em um primeiro momento, quando a oposição ainda tem assento no parlamento e a imprensa livre ainda tem voz. Com o tempo, porém, a democracia se vai esvaziando gradativamente, por meio de iniciativas com verniz de legalidade, que aos poucos vão corroendo as instituições democráticas.

Esse fenômeno, na falta de alcunha mais precisa ou mais apropriada, recebeu dos críticos o apelido de *populismo judicial*, termo que, de algum modo, acabou por aderir ao fenômeno retratado.

Mas, até que ponto, ao menos no Brasil, faz algum sentido falar, como alguns críticos o fazem, em populismo judicial? Estariam com a razão os críticos que apontam que o Poder Judiciário brasileiro é moralista, sendo, nesse sentido, populista? Qual o desenho constitucional do Poder Judiciário brasileiro e, notadamente, da jurisdição constitucional?

A problemática que emerge de tais questionamentos é o assunto central do presente artigo, cujo desenvolvimento terá por foco maior, conquanto a isso não se limite e nisso não se detenha, a análise crítica do confronto entre duas posições rigorosamente antagônicas quanto ao que se espera da atuação da jurisdição constitucional brasileira, estando a primeira de tais posições bem representada por Barroso (2015), com sua afamada tese da *razão sem voto*, encontrando a posição antagônica em Arguelhes (2017), com sua crítica ao *Supremo que não erra*, seus argumentos mais mordazes.

Ao final, o presente trabalho apontará que ambas as posições, em seus argumentos, parecem ignorar que a atuação do Judiciário brasileiro é mal avaliada pela opinião pública, dado esse que, não necessariamente ruim, arranha, a um só tempo, ainda que em parte, os fundamentos teóricos de ambas as posições, extremadas e antagônicas entre si.

Nesse desiderato, o presente artigo começará comentando acerca do que muitos críticos estão denominando de populismo judicial, esclarecendo-lhes os contornos característicos, para, em seguida, nas partes subsequentes, apresentar, sob perspectivas opostas, a problemática relação entre o Judiciário e a opinião pública, enfatizando posteriormente os baixos índices de popularidade do Poder Judiciário, para, ao fim, apontar as causas pelas quais, estranhamente, não explicam as vertentes antagônicas como um órgão ora considerado como populista, ora apontado como o melhor representante institucional do anseio popular, ostenta uma inusitada impopularidade.

2 O POPULISMO JUDICIAL

A toda evidência, o que se tem denominado de populismo judicial não é, e jamais poderia ser, a reprodução exata, no âmbito do Poder Judiciário, das características que de ordinário definem o movimento populista no âmbito dos governos, gravitando as características do populismo judicial, segundo a doutrina que a ele faz referência e que dessa terminologia se utiliza, especialmente em derredor de uma leitura judicial moralista da

Constituição, notadamente em questões envolvendo controle de constitucionalidade[3].

Dá-se o populismo judicial, portanto, segundo seus críticos, sempre e quando os magistrados, especialmente no exercício da jurisdição constitucional, por intermédio de uma hermenêutica moralista, buscam com insistência a correção do direito com base na moral.

Nesse sentido, Gabardo (2017, p. 72) aponta que os juízes brasileiros são moralistas hermenêuticos que buscam, a todo tempo, corrigir o direito com base na moral, posição que se alinha aos argumentos de Salgado (2018), que faz referência ao que denomina de utilização da gramática populista pelos membros do Poder Judiciário, concebida a partir de uma leitura judicial moralista da Constituição, especialmente em questões envolvendo controle de constitucionalidade.

Não que os críticos do tal populismo judicial defendam que direito e moral façam parte de retas paralelas que apenas no infinito se tocam, à feição do positivismo kelseniano. Em verdade, o que argumentam é que, em respeito à democracia, "para que alguma proposição ínsita a uma concepção moral social implique consequência interna no Direito é necessário um caminho formal árduo e rigoroso, cujo filtro será a Constituição" (GABARDO, 2017, p. 74), o que nem sempre vem sendo observado pelo Judiciário.

No mesmo rumo, Salgado (2018, p. 201) argumenta que os valores que devem comandar a atuação dos agentes públicos nas democracias constitucionais são os valores constitucionalmente estabelecidos, de maneira que, "se há alguma moral que possa ser utilizada como vetor para a tomada de decisões", essa deverá ser unicamente "a moral objetivamente plasmada na Constituição, não havendo autorização para fundamentalismos axiológicos para além das decisões constituintes".

Uma decisão judicial populista, portanto, seria aquela cujo espectro axiológico fosse uma moral subjetivamente sacada do senso comum, e não da Constituição. Nesse sentido, e nos estreitos limites dessa perspectiva, toda decisão judicial moralista seria também uma decisão judicial populista.

É verdade que, em tempos de neoconstitucionalismo, as fronteiras entre direito e moral se apresentam menos nítidas, especialmente em razão da consagração dos princípios, notadamente dos princípios constitucionais, como normas dotadas dos atributos de juridicidade e imperatividade.

Com efeito, no cenário neoconstitucional, os princípios, mais porosos e de textura mais aberta, são normas de dever ser que funcionam como dutos por meio dos quais os valores morais ingressam na positividade (LIMA, 2001, p. 102-103). Dos princípios, portanto, se utilizou a

[3] Nesse sentido, confira-se, por todos, Arguelhes (2017), Gabardo (2017) e Salgado (2018).

Constituição para expressar os valores morais e as opções políticas fundamentais da sociedade.

Sucede que, por conta de uma perspectiva moralista de interpretar o direito, já se diz que, no Brasil, está-se vivenciando a época do *metapositivismo*, um tipo desviante ou excedente do neoconstitucionalismo que, na prática, seria caracterizado pela subjetividade do intérprete, especialmente do intérprete constitucional, e pela insegurança jurídica dela decorrente, o que se verificaria quando o intérprete abandona a busca por uma moral objetiva inserta, extraível e plasmada na Constituição para dar vazão a moralismos subjetivos, do senso comum, fenômeno esse que refletiria a arrogância e a falta de modéstia de alguns membros do Poder Judiciário, decorrendo ainda da irresponsabilidade política do Poder Judiciário e da ausência de controle político de seus atos (GABARDO, 2017).

O Judiciário brasileiro, para os que enxergam em sua atuação um viés populista, estaria muitas vezes pautando seus julgamentos pela opinião pública, deixando de lado a Constituição cuja efetiva guarda lhe compete, não percebendo que há questões que, por mais importantes que possam parecer, não pode o Judiciário sobre elas decidir, nem mesmo ao argumento de que deve satisfazer o desejo da opinião pública, uma vez que, no exercício de seu papel contramajoritário de guardião da Constituição, seria vedado ao Judiciário pretender avançar sobre matérias cuja deliberação deva ocorrer no parlamento, pelos representantes eleitos do povo (SALGADO, 2018).

Nesse contexto, adverte ainda Salgado (2018, p. 211-212) que o Judiciário não pode pretender aperfeiçoar o produto do poder constituinte em nome da moral, arvorando-se os juízes da condição de "salvadores da Pátria togados".

Como guardião da Constituição, especialmente dos direitos fundamentais nela estabelecidos, não poderia o Judiciário, nessa perspectiva, ter a pretensão de flertar com os anseios da opinião pública, mesmo porque o desenho da jurisdição constitucional no Brasil reservaria ao Judiciário uma atuação essencialmente contramajoritária.

Segundo sustenta Arguelhes (2017), as expectativas normativas geradas pelo desenho institucional do Supremo apontam para uma Corte cujas decisões são tomadas de forma independente da política.

Em um Estado constitucional e democrático de Direito, de fato, a vontade da maioria pode muito, mas não pode tudo, cabendo ao Judiciário proteger os direitos fundamentais e os valores democráticos constitucionais de eventuais deliberações afrontosas de maiorias ocasionais, sem, por isso mesmo, jamais curvar-se ante posições majoritárias, seja da opinião pública ou dos representantes eleitos, quando tais posições exponham a risco os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição.

Constitucionalismo e democracia, portanto, também no Estado brasileiro, estão e estarão sempre em tensão, mesmo porque tal tensão é intrínseca a qualquer democracia constitucional.

Quando os críticos falam de populismo judicial, portanto, querem dizer que o Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, desgarrando-se do seu desenho institucional contramajoritário, decide ao sabor da maioria, sempre atento ao clamor social, sob uma óptica moralista subjetivamente extraída do senso comum da opinião pública.

Mas seria papel do Judiciário, e mais ainda de uma Corte Constitucional como o Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro, decidir uma questão levando em consideração o clamor das ruas? Seria legítima essa preocupação?

Disso trata o tópico seguinte.

3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CLAMOR POPULAR

Não há dúvida de que, no Brasil, o papel político do Supremo Tribunal Federal – e, em alguma medida, de todos os juízes quando no exercício da jurisdição constitucional – alargou-se sobremaneira a partir da Constituição Federal de 1988, especialmente com a virada neoconstitucionalista observada com mais ênfase a partir dos anos finais do Século XX (BARROSO, 2015).

Com efeito, a centralidade da Constituição, a sua primazia sobre a lei, o reconhecimento da juridicidade de seus princípios e a necessidade de dar efetividade a seus comandos exigiu que se fizesse do Judiciário um Poder independente e forte, especialmente visando à proteção dos direitos fundamentais inscritos na Carta Magna.

Por outro lado, a superação do formalismo jurídico e o advento de uma cultura jurídica pós-positivista, com o reconhecimento da juridicidade das normas principiológicas e a conseguinte reaproximação entre direito e moral, acabou também por reaproximar direito e política, ética e direito, legislação e jurisdição, reforçando o protagonismo da jurisdição constitucional e, por conseguinte, do Poder Judiciário como um todo.

De fato, como argumentam Barroso e Barcellos (2007, p. 278-279), a valorização e a incorporação implícita ou explícita dos princípios pela Constituição e o conseguinte reconhecimento de sua normatividade "fazem parte desse ambiente de reaproximação entre direito e ética".

A questão a considerar é que, para os críticos do populismo judicial, esse protagonismo e essa forte independência do Poder Judiciário passaram com o tempo a se tornar perniciosos à democracia, obscurecendo a atuação do corpo parlamentar eleito pelo povo.

Como argumentam, o remédio do desenho institucional, para garantir o cumprimento da Constituição, quando ministrado em excesso, pode se

tornar uma ameaça ao próprio cumprimento da Constituição (ARGUELHES, 2017).

Preocupam-se os críticos do populismo judicial com o fato de que, no seu exercício de hermenêutica constitucional, o Judiciário, ao buscar um alinhamento de suas decisões ao clamor popular, por meio de uma leitura moralista dos preceitos constitucionais, esteja extrapolando com razoável frequência os contornos do seu desenho institucional contramajoritário, em detrimento das funções dos demais Poderes da República, especialmente em detrimento da representação política do povo no Congresso Nacional.

Extrapolando seu papel contramajoritário, estaria o Supremo Tribunal Federal, alicerçado na função promocional dos valores constitucionais, atribuindo a si mesmo uma indevida função majoritária e representativa do anseio popular, considerando-se protagonista do avanço social.

Assim, mais que uma função contramajoritária, estaria o Supremo Tribunal Federal assumindo uma função representativa da vontade dos cidadãos, sob o polêmico argumento de que, muitas vezes, o Judiciário interpretaria melhor o sentimento majoritário do que o faz o próprio Poder Legislativo.

Essa posição é firmemente defendida por Barroso (2015, p. 36), quando, ao assumir a tese de que a democracia exige votos, direitos e razões, sustenta que, "do ponto de vista político-institucional, o desempenho da jurisdição constitucional pelo STF envolve dois tipos de atuação: a contramajoritária e a representativa".

Quanto ao papel contramajoritário, na leitura de Barroso (2015, p. 35-36), a sua legitimidade democrática teria sido assentada com base em dois fundamentos principais: a proteção dos direitos fundamentais, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária, e a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos.

Já quanto à atuação representativa do Supremo Tribunal Federal, Barroso (2015, p. 38) argumenta que a representação política enfrenta crise, exteriorizando as insuficiências da democracia representativa, que já não traduz necessariamente a vontade majoritária da população, de maneira que, muitas vezes e em muitas situações, juízes e tribunais ter-se-iam tornado mais representativos dos anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais.

Tão grande se apresenta a empolgação de Barroso (2015, p. 39) com a atuação representativa do Supremo Tribunal Federal que chega mesmo a dizer que, nos tempos atuais, "a sociedade se identifica mais com seus juízes do que com seus parlamentares", apontando para a existência de uma confraternização amistosa entre o Judiciário e o povo.

Ainda para Barroso (2015, p. 40), o Legislativo nem sempre expressa o sentimento da maioria e muitas vezes o que se chama de decisão

contramajoritária da Corte Suprema não passa em verdade de decisão contrarrepresentativa, uma vez que, em certos contextos, o Supremo Tribunal Federal mostra-se como o melhor intérprete do sentimento majoritário, daí o motivo pelo qual também ostenta papel representativo.

Já não mais exercendo o mito fundador da democracia o fascínio de outrora, portanto, e não mais percebendo o cidadão nas decisões dos políticos tradicionais o reflexo de suas prioridades, estando o parlamento frequentemente capturado por interesses minoritários, assolado por críticas que perpassam pela erosão dos valores éticos, pela fragilidade partidária, pela perda do significado da representatividade, pelo corporativismo e pelo rompimento de mínimos padrões éticos, a sociedade estaria na atualidade mais identificada com seus juízes e tribunais do que com seus representantes no Congresso Nacional, fenômeno esse que daria endosso à legitimidade da função majoritária e representativa do Judiciário.

Sucede que, segundo a tese de Barroso (2015), para além da atuação contramajoritária e do papel representativo do povo, o Supremo Tribunal Federal pode por vezes desempenhar o curioso papel de protagonista de uma tal "vanguarda iluminista", trazendo novas luzes à sociedade, situação essa que conferiria à Corte Suprema papel social único e ainda mais importante.

Parece natural a Barroso (2015, p. 42) que, ainda que ocasionalmente, e com a devida parcimônia, supremas cortes possam desempenhar esse papel de vanguarda iluminista, encarregada, segundo suas palavras, de "empurrar a história quando ela emperra".

Ora, se os críticos do populismo judicial já questionavam a atuação pretensamente majoritária e representativa do Judiciário, porque extrapoladora do seu desenho institucional, insurgem-se eles de modo ainda mais veemente contra a tese da vanguarda iluminista.

De fato, definitivamente não soa democrática nem constitucional qualquer atuação do Judiciário que se pretenda iluminista ou vanguardista, inexistindo espaço, em seu desenho institucional, para atuação desse jaez.

Percebe-se, evidentemente, que, com o reconhecimento da juridicidade das normas constitucionais principiológicas de textura aberta e com a rearticulação pós-positivista entre direito e moral, a atuação do Judiciário ganhou envergadura maior que outrora.

Contudo, mesmo estando definitivamente superada a visão do Judiciário como a boca da lei, isso não significa dizer que possa o Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, interpretar a Constituição por critérios outros que não os valores e a moral sistematicamente colhidos da própria Constituição.

Assim, enquanto Barroso (2015) sustenta que a convergência entre o conteúdo das decisões e a vontade da população é critério relevante de análise em uma decisão judicial, Arguelhes (2017) a isso se opõe com

veemência, rechaçando a validade de tal critério em decisões proferidas no exercício da jurisdição constitucional, cujo desenho somente o autoriza a decidir e a intervir contramajoritariamente.

Em síntese, é possível dizer que, se para Barroso (2015), o Supremo Tribunal Federal, na defesa dos direitos fundamentais e dos valores democráticos estabelecidos na Constituição, atua de maneira contramajoritária, o que não exclui sua atuação representativa e majoritária e, por vezes, também sua atuação como órgão de vanguarda iluminista, para Arguelhes (2017), eventual atuação majoritária e representativa dos interesses da população e eventual atuação como Órgão de vanguarda iluminista estão em tensão com as expectativas normativas geradas pelo desenho institucional do Supremo.

Como enfaticamente sustenta Arguelhes (2017), em crítica direta ao pensamento de Barroso (2015), uma instituição como o STF "não pode ser, ao mesmo tempo, desenhada de forma a se legitimar por ignorar o clamor público e por atender a esse mesmo clamor", e, considerando que "o desenho de uma instituição é um indicador das expectativas em relação ao papel que ela deve cumprir", esse papel, conquanto possa ser múltiplo, não pode ser tão amplo "a ponto de englobar qualquer tarefa possível".

Conforme aponta Arguelhes (2017), os variados tipos de atuação do Supremo Tribunal Federal aceitos pelas "lentes tripartidas de Barroso" formam uma "rede de segurança teórica incontornável"[4].

O desenho institucional do Supremo Tribunal Federal, de fato, referenda suas decisões quando age, ainda que contra a maioria, na defesa dos direitos fundamentais e dos valores democráticos extraídos da Constituição, mas não dá espaço para que decida como instância representativa da vontade popular e menos ainda dá respaldo a uma perigosa atuação vanguardista ou iluminista.

Em um Estado Democrático e Constitucional de Direito, assim como o povo, por deliberação majoritária ou por sua representação política tradicional, não pode tudo, tampouco a jurisdição constitucional pode tudo.

A tensão entre democracia e constitucionalismo é permanente, e é precisamente dessa tensão que emerge o equilíbrio que deve pautar a atuação do Supremo Tribunal Federal e, de resto, de todo o Judiciário quando desempenha a jurisdição constitucional.

[4] "Estou contra o Congresso, mas a favor da opinião pública, então não há problema. Ou então estou contra a opinião pública, mas a favor dos direitos fundamentais, então, novamente, não há problema. Ou estou contra a opinião pública, e contra o Congresso, mas estou atuando como vanguarda iluminista. Onde haveria espaço para qualquer problema democrático na atuação do STF? Os três tipos de atuação formam uma rede de segurança teórica incontornável" (ARGUELHES, 2017).

4 O POPULISTA IMPOPULAR

Na análise do embate teórico capitaneado por Barroso (2015) e pelos críticos do populismo judicial, contudo, um fato relevante não pode passar despercebido, especialmente quando se trata da compreensão de um fenômeno apelidado de *populismo judicial*, alcunha que, bem ou mal escolhida, afirma-se sobre sustentáculo que intuitivamente induz algum tipo de aproximação entre o populista e o povo.

Ainda que extraindo do fenômeno conclusões diversas e antagônicas, concordam Barroso (2015) e os críticos do populismo judicial que o Judiciário brasileiro flerta com o povo e com ele mantém ou busca manter relação amistosa e profícua.

Para Barroso (2015), a sociedade na atualidade está mais identificada com seus juízes e tribunais do que com seus representantes no Congresso Nacional.

Já de acordo com Gabardo (2017, p. 82), os magistrados brasileiros amoldam-se à figura do justiceiro de plantão, sempre a postos para fazerem valer a vontade do povo.

Conforme Salgado (2018), vivencia-se a época do populismo judicial, em que juízes, tais como heróis nacionais, vestem a toga de salvadores da pátria e com frequência se desapegam da Constituição para decidir sucumbindo ao moralismo e aos aplausos da opinião pública.

Todas essas posições, conquanto diversas e por vezes diametralmente antagônicas, apontam para um interessante flerte entre o Judiciário e a opinião pública, o que necessariamente levaria a supor que o Judiciário ostentaria ou deveria ostentar bons índices de aprovação popular.

Com efeito, ao sucumbir à opinião pública, desgarrando-se do mastro constitucional, supõe-se que confraterniza o Judiciário com o povo. Se representa seus interesses e lhe capta os anseios melhor do que o faz a representação política tradicional, igualmente é correta a suposição de que confraterniza o Judiciário com a opinião pública.

Mas o que estranhamente ignoram e deixam sem explicação ambas as correntes é por qual razão não goza o Judiciário da credibilidade e dos bons índices de aprovação popular que supostamente deveria usufruir sob qualquer das perspectivas antagônicas.

Com efeito, pesquisa realizada pelo jornal *Folha de S. Paulo* e pelo *Instituto de Pesquisas Datafolha* apontou que, no Brasil, em julho de 2019, enquanto 28% da população brasileira confiava muito na Presidência da República, apenas 17% da população confiava muito no Supremo Tribunal

Federal, enquanto que apenas 24% confiavam muito no Poder Judiciário como um todo[5].

Em dezembro de 2019, novamente segundo levantamento do *Instituto de Pesquisas Datafolha*, apenas 19% dos entrevistados avaliaram como ótimo ou bom o desempenho dos ministros do Supremo Tribunal Federal, enquanto 39% o consideraram ruim ou péssimo[6].

Ao que parece, portanto, ao menos a Corte Constitucional brasileira não goza do respaldo social que lhe atribuem nem os defensores nem os críticos de uma atuação sua alinhada ao clamor público, dado esse que, ignorado por ambas as correntes, acaba por arranhar, a um só tempo, ainda que parcialmente, os fundamentos teóricos de ambas as posições, extremadas e antagônicas entre si.

Em verdade, representativo sem respaldo social, talvez não esteja o Judiciário se saindo tão bem na tarefa de representar a vontade do povo, possivelmente por ser essa uma tarefa que lhe é constitucionalmente estranha, conquanto não custe lembrar que o Congresso Nacional, cuja missão constitucional precípua é representar o interesse do povo, também não vem ostentando bons índices de aprovação popular.

Populista com a popularidade em baixa, talvez também não seja, ou talvez não tenha o Judiciário conseguido ser tão populista como gostaria ou como dele se propaga ficando difícil defender uma efetiva atuação populista de um Órgão tão mal visto pela população em geral, o que talvez se explique por uma visão que descuida de observar a enorme heterogeneidade da magistratura e de diferenciar a Corte Constitucional do Poder Judiciário brasileiro como um todo.

Por tais razões, deve o Judiciário, quando no exercício da jurisdição constitucional, limitar-se a bem desempenhar seu papel contramajoritário de defensor dos direitos fundamentais e dos valores democráticos estabelecidos pela Constituição Federal, sem pretensões de representar a vontade popular ou de agradar maiorias ocasionais, e sem qualquer soberba iluminista, pois, quando se arvora da tarefa da atuação majoritária, não tem o Judiciário logrado legitimidade, e quando se pretende populista, o Judiciário sequer tem conseguido ser popular.

---

[5] Pesquisa realizada entre 4 e 5 de julho de 2019. Pesquisa completa: GRAU DE CONFIANÇA NAS INSTITUIÇÕES. **Folha de São Paulo; Data Folha,** jul. 2019. Disponível em: http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2019/07/10/9b9d682bfe0f1c6f228717d59ce49fdfci.pdf. Acesso em: 1 abr. 2020.

[6] Pesquisa realizada entre 5 e 6 de dezembro de 2019. Pesquisa completa: OPINIÃO SOBRE A DEMOCRACIA. **Folha de São Paulo; Data Folha,** dez. 2019. Disponível em: http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2020/01/02/42a3a1405e015b37af0facb59e438492osdemo.pdf. Acesso em: 1 abr. 2020.

5 CONCLUSÃO

Como visto, recentes pesquisas de opinião pública apontam que o Supremo Tribunal Federal e o Poder Judiciário brasileiro como um todo não gozam da popularidade que lhe atribuem nem os defensores nem os críticos de uma atuação sua alinhada ao clamor público.

Consegue o Judiciário, dessa maneira, a façanha de ser simultaneamente um representante ilegítimo do povo e um populista impopular.

Quando se pretende representativo do anseio social, não tem conseguido o Judiciário obter o aval popular. Tampouco o tem conseguido quando atua contramajoritariamente e, menos ainda, quando se pretende vanguardista.

De outra banda, conquanto rotulado como populista, o Judiciário sequer tem conseguido ser popular.

Talvez não tenha o Judiciário brasileiro, especialmente quando no exercício da jurisdição constitucional, todas as virtudes das quais por vezes seus membros e defensores se vangloriam, e possivelmente também não tenha todos os defeitos que corriqueiramente lhe são apontados.

Talvez, de fato, não seja a jurisdição constitucional brasileira tão moralista nem tão vanguardista.

Possivelmente seja o Poder Judiciário mais complexo e falível do que estimam seus ardorosos defensores e talvez seja mais heterogêneo do que supõem seus mais mordazes críticos.

Possivelmente o Judiciário brasileiro não seja populista e talvez sequer seja popular.

Essa impopularidade, por sua vez, longe de se constituir em um problema, soa benéfica ao constitucionalismo democrático brasileiro, porquanto dá indícios de que o desenho constitucional contramajoritário da jurisdição constitucional tem sido cumprido pelo Poder Judiciário a razoável contento, malgrado experimentando avanços e recuos em meio a episódios pontuais de alegados moralismo, populismo e vanguardismo.

REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo que não erra. *In*: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Orgs.). **A razão e o voto:** diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 1-25.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. esp, p. 23-50, 2015.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In*: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2007. p. 271-316.

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

GRAU DE CONFIANÇA NAS INSTITUIÇÕES. **Folha de São Paulo; Instituto Data Folha,** jul. 2019. Disponível em: http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2019/07/10/9b9d682bfe0f1c6f228717d59ce49fdfci.pdf. Acesso em: 1 abr. 2020.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **O resgate dos valores na interpretação constitucional**: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como "ser-moralmente-melhor". Fortaleza: ABC, 2001.

MOUFFE, Chantal. **For a left populism**. Londres: Verso, 2018.

MOUNK, Yascha. **The people vs. democracy**: why our freedom is in danger and how to save it. Cambridge: Harvard University Press, 2018.

OPINIÃO SOBRE A DEMOCRACIA. **Folha de São Paulo; Data Folha,** dez. 2019. Disponível em: http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2020/01/02/42a3a1405e015b37af0facb59e438492osdemo.pdf. Acesso em: 1 abr. 2020.

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

TORMEY, Simon. **Populismo**: uma breve introdução. Tradução Mário Molina. São Paulo: Cultrix, 2019.

Recebido: 8/6/2020.
Aprovado: 3/11/2020.

José Armando Ponte Dias Júnior
Doutorando em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR).
Mestre em Direito Constitucional e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).
Especialista em Processo Penal pela Universidade de Fortaleza (Unifor).
Professor da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN).
Juiz de Direito no Rio Grande do Norte.
E-mail: junior.arm@gmail.com.