

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESTADO DO PARÁ
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

GUSTAVO SOUSA PANTOJA DA ROCHA

STF E OPINIÃO PÚBLICA: como o populismo judicial estruturou decisões da corte
no curso da operação lava jato

BELÉM
2022

GUSTAVO SOUSA PANTOJA DA ROCHA

STF E OPINIÃO PÚBLICA: como o populismo judicial estruturou decisões da corte
no curso da operação lava jato

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial para obtenção de grau em
Bacharel em Direito, pelo Centro Universitário
do Estado do Pará.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Fiuza De Mello
Mendes Filho

BELÉM
2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca do CESUPA, Belém – PA

R672s Rocha, Gustavo Sousa Pantoja da.

STF e opinião pública : como o populismo judicial estruturou decisões da Corte no curso da operação Lava Jato / Gustavo Sousa Pantoja da Rocha. – Belém, 2022.

27 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Centro Universitário do Estado do Pará, Bacharelado em Direito, Belém, 2022.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Fiúza de Mello Mendes Filho.

1. Supremo Tribunal Federal. 2. Populismo. I. Mendes Filho, Sérgio Fiúza de Mello (orient.). II. Título.

CDD 340.1

GUSTAVO SOUSA PANTOJA DA ROCHA

STF E OPINIÃO PÚBLICA: como o populismo judicial estruturou decisões da corte
no curso da operação lava jato

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial para obtenção de grau em
Bacharel em Direito, pelo Centro Universitário
do Estado do Pará.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Fiuza De Mello
Mendes Filho

Data de aprovação: ____ / ____ / ____

Conceito:

Banca Examinadora:

Prof. Dr. SÉRGIO FIUZA DE MELLO MENDES FILHO - Orientador

Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA)

Nome com titulação
Instituição a que pertence

Nome com titulação
Instituição a que pertence

**STF E OPINIÃO PÚBLICA: COMO O POPULISMO JUDICIAL ESTRUTUROU
DECISÕES DA CORTE NO CURSO DA OPERAÇÃO LAVA JATO**

**STF AND PUBLIC OPINION: HOW JUDICIAL POPULISM
STRUCTURED THE COURTS DECISIONS IN THE COURSE OF
OPERATION LAVA JATO**

Gustavo Sousa Pantoja da Rocha¹

Sérgio Fiuza de Mello Mendes Filho²

RESUMO

O presente trabalho realiza um estudo sobre o desenvolvimento do populismo judicial e as problemáticas envolvendo sua manifestação no Supremo Tribunal Federal, durante o período da operação “Lava Jato”. Para tanto, desenvolve um breve levantamento histórico sobre o surgimento das Cortes Constitucionais para, depois, estabelecer uma análise acerca do papel do STF na Jurisdição Constitucional Brasileira. A seguir, discorrem-se os preceitos de populismo político e judicial para, enfim, verificar suas manifestações em decisões da corte.

Palavras-chave: Populismo; Populismo Judicial; Supremo Tribunal Federal; Opinião Pública

ABSTRACT

The presente paper conducts a study on the development of judicial populism and the problems involving its manifestation in the Supreme Federal Court, in the period of the “Lava Jato” operation. For this, it develops a broad historical survey on the emergence of constitutional courts to the establish an analysis of the role of the Supreme Court in Brazilian constitutional jurisdiction. Then, it discusses the concepts of political and judicial populism to, finally, verify its manifestations in court decisions

Key words: Populism; Judicial Populism; Supreme Federal Court; Public Opinion.

¹Aluno do curso de graduação Bacharelado em Direito. Turma Di10TC.
E-mail: gustavo180602899@aluno.cesupa.br
Matricula: 18060289

²Professor Orientador. Doutor e Mestre pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP).

1. INTRODUÇÃO

O fenômeno do Neoconstitucionalismo inaugurou uma nova relação entre os Três Poderes, que concedeu ao Judiciário (e principalmente às cortes constitucionais) uma posição de destaque na defesa e efetivação de direitos e prerrogativas garantidos constitucionalmente. No Brasil, a partir de 1988, o processo ocorreu de maneira semelhante; os fenômenos oriundos da Constituição atual, como o fortalecimento do Poder Judiciário, a constitucionalização abrangente de matérias, além da expansão do controle de constitucionalidade, proporcionaram aquilo que Barroso (2005) veio a denominar de “Judicialização”. Segundo o autor, tal fenômeno compreende a transferência de matérias, de cunho político e social, das instâncias tradicionais dos Poderes Legislativo e Executivo para a apreciação do Poder Judiciário.

Nessa lógica, e diante de um momento histórico específico, delimitado pela “Operação Lava Jato”, observa-se que o Supremo Tribunal Federal, perante um clima de insatisfação social, passa a ser o destinatário de reivindicações de parcelas da sociedade, inconformada com a omissão dos poderes políticos, seja no processo de legislar sobre direitos, quanto na eficiência em garanti-los. O protagonismo do Poder Judiciário se impõe, assim, como uma necessidade de garantia de direitos.

É nesse contexto de insatisfação popular que o STF inicia seu papel de protagonista na Operação Lava Jato. Contudo, o desempenho da corte durante esse período passou a apresentar um padrão de fundamentação extremamente sensível à opinião pública e, por vezes, privilegiando-a em relação ao Direito Constitucional. Ato contínuo, o presente trabalho visa analisar em um primeiro momento o fundamento de exercício das cortes constitucionais no mundo e no Brasil; busca-se, pois, entender os conceitos de populismo e populismo judicial, comparando-os entre si, desenvolvendo-se uma análise de casos concretos nos quais há a verificação dos pressupostos apresentados em sede de decisões do STF no curso da Operação Lava Jato.

2. O PODER JUDICIÁRIO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Política tripartite de separação dos poderes, pensada por Montesquieu, viu sua institucionalização ganhar força a partir da publicação dos *Federalist Papers*, por Madison, Jay e Hamilton, em 1787; tal texto, segundo Verbicaro (apud DIAS, 2010), buscava defender o Sistema Federalista, contrário ao defendido pelos estados do sul norte-americano, chamado de Confederação (carente de poder central). Suas ideias federalistas formulavam um desenho institucional que, dentre os outros objetivos, buscava proteger o sistema contra uma eventual tirania majoritária.

Para isso, elaboraram o Tribunal Constitucional, com poder de estabelecer os chamados freios e contrapesos diante da ditadura da maioria. Nesse sentido, ainda de acordo com a autora, se fortalecia a ideia de supremacia constitucional, em detrimento da supremacia do parlamento, outrora dominante.

2.1. O JUDICIÁRIO COMO PODER CONTRAMAJORITÁRIO E DEFENSOR DA CONSTITUIÇÃO

Para ocupar a função de “Guardião da Constituição”, o poder mais indicado seria, segundo Hamilton (1787 apud DIAS, 2010), o Judiciário. Conforme o autor, tal escolha se funda no fato de ser o Judiciário o poder que oferece menos perigo aos direitos políticos, uma vez que não tem “força” e nem “vontade”, diferente dos demais, limitando-se, apenas a julgar com base nas leis já existentes. Dessa forma, seria ideal que, dentro de um certo nível de isolamento, o Judiciário se responsabilizasse por declarar nulidade de atos legislativos inconstitucionais.

Diante de possíveis questionamentos acerca de conferir ao Judiciário um suposto nível de superioridade em relação ao Legislativo, atribuindo-se a ele a função de declarar a (in)constitucionalidade de seus atos, Hamilton responde que o Legislativo é um poder delegado, que jamais deverá se sobrepor à delegação originária (Poder Constituinte), a qual tem função de proteger. Dessa forma, negar a Constituição, diante de uma lei inconstitucional, seria como afirmar que o representante está acima de seu representado e que o escravo está acima do seu senhor.

Nessa esteira, Verbicaro (apud DIAS, 2010) interpreta que o poder atribuído ao Judiciário decorre da supremacia da Constituição sobre a política cotidiana, e não da supremacia desse concernente aos demais poderes. Segundo o autor, o protagonismo constitucional defendido pelos federalistas transfere ao Judiciário um destaque que o legitima a, eventualmente, frear o poder opressivo da maioria. É nesse sentido que a Constituição dos Estados Unidos da América se torna paradigma para o arranjo Liberal, cujo Poder Judiciário ocupa função de destaque na defesa da constituição, realizando controle de regularidade dos demais poderes.

2.2. SOBRE A ATUAÇÃO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

Em uma linha distinta à norte-americana, a crise ocasionada pela ascensão de regimes totalitários e a conseqüente Segunda Guerra Mundial promoveu profundas mudanças de paradigma em relação às teorias constitucionais dominantes da Europa. Países como Alemanha e Itália, por exemplo, não conseguiram conter a ascensão de regimes antidemocráticos e contrários aos interesses das minorias, quando da elaboração de suas respectivas constituições, consideradas liberais por restringir poderes estatais e garantir direitos individuais. Para Silva (2016), Contraditoriamente, a ascensão de tais regimes totalitários ancorou-se nas bases constitucionais vigentes, à época, para realizar o que, a *posteriori*, seriam considerados crimes contra a humanidade.

Desse paradoxo, impôs-se a necessidade de repensar o arranjo constitucional, a fim de garantir a representação da vontade popular tanto no plano político, pela via eleitoral, quanto pela via argumentativa, na guarda dos direitos fundamentais, pelas cortes constitucionais. Esse movimento tem sido denominado pela doutrina como “Neoconstitucionalismo”.

Para Barroso (2005), a mudança de paradigma constitucional que levou ao Neoconstitucionalismo implicou em três grandes transformações quanto ao papel da Constituição: O reconhecimento de força normativa da Constituição; o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional; a expansão da jurisdição constitucional.

Antes de 1945, prevalecia no continente europeu a concepção de supremacia do Poder Legislativo, sobretudo por influência das doutrinas britânica e francesa, que advogavam pela

soberania do parlamento e da *volonté-generale* (representada pelos parlamentares), respectivamente. Contudo, a supracitada crise deu cabo à uma reestruturação constitucional, que teve por influência o movimento do pós-positivismo, resposta teórica às insuficiências do positivismo clássico e sua separação entre Direito e Moral, frente ao autoritarismo do século XX. Nesse processo de transformação, a Constituição deixou de ser um documento meramente retórico e formal, passando a ter eficácia vinculante, aplicação de preceitos para defesa de direitos fundamentais, além de servir como critério de validade, interpretação e aplicação às demais leis. Além disso, foi necessária uma reestruturação do sistema político, com objetivo de reaproximar direito e moral.

No entanto, para que se viabilizasse uma leitura moral do Direito, com a inclusão dos valores na sua interpretação e aplicação, foi necessário se elaborar um redesenho dos ordenamentos jurídicos vigentes à época, objetivando alocar a Constituição no ponto central e mais importante do ordenamento, estabelecer como essência e fim deste sistema político-jurídico o homem, por meio do resguardo jurídico de sua dignidade e de seus direitos fundamentais, o que mostra sua vocação axiológica, e a inclusão, nos documentos normativos, de princípios e conceitos jurídicos indeterminados, de forma a possibilitar um “espaço” maior de interpretação e raciocínio jurídico do intérprete e aplicador do Direito, criando-se uma nova dogmática de hermenêutica constitucional (GONTIJO, 2014, p. 109).

Ainda segundo Barroso (2005), a fórmula passava pela constitucionalização de direitos e garantias fundamentais, imunizando-as, dessa maneira, das discussões político-majoritárias. Assim, a garantia de tais direitos e prerrogativas deixaria de depender de elaboração de lei específica, uma vez que já estava garantida pela Constituição. Agora, pelo contrário, caberia ao Judiciário garantir a proteção de tais direitos eventualmente violados por leis ou atos do poder executivo. A partir da ascensão do neoconstitucionalismo, diversos países criaram órgãos específicos para o controle de constitucionalidade, os chamados *Tribunais Constitucionais*.

Em 1951, a Alemanha criou o *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Alemão), visando ao controle e fiscalização de constitucionalidade em relação à, então recente, Lei Federal de *Bonn* (*Grundgesetz*), de 1949. Com a finalidade de coibir novas empreitadas autoritárias oriundas dos poderes políticos, foi confiada ao tribunal a tarefa de concretização, efetivação e atualização da lei fundamental (JESTAEDT, 2021). Para isso, ao tribunal alemão, foram atribuídos amplos poderes, além de autonomia financeira e administrativa concernente ao judiciário. Ressalta-se, também, que qualquer cidadão alemão

possui prerrogativa para impetrar recursos constitucionais contra atos do poder público, que eventualmente violem seus direitos fundamentais.

Na Itália, a *Corte Costituzionale della Repubblica Italiana* (Corte Constitucional Italiana), instalada em 1956, também possui amplas prerrogativas de controle de constitucionalidade e resolução de conflitos entre poderes. De acordo com o art. 134 da Constituição Italiana, o Tribunal constitucional julga as controvérsias relativas à legitimidade constitucional de leis e atos com força de lei, do Estado e das Regiões; os conflitos de atribuições entre os poderes do Estado e entre o Estado e as Regiões e entre as Regiões; as acusações contra o Presidente da República, de acordo com a Constituição.

Válido ressaltar que, após o momento pós-guerra, diversos países regidos por democracias constitucionais passaram a adotar o modelo de cortes constitucionais, como instituição principal para o controle de constitucionalidade, a exemplo da Espanha (1978), Portugal (1982), Rússia (1991) e África do Sul (1996). Em relação à América Latina, destaca-se a Corte Constitucional Colombiana (1992), que garantiu independência da Corte Suprema de Justiça do país, definindo-se como órgão autônomo. Como exemplo relevante fora do contexto reativo do pós-guerra, é relevante a tradição constitucional austríaca e a função do jurista Hans Kelsen, em sua elaboração e funcionamento.

Em 1920, a constituição austríaca foi promulgada, após o fim do Império Austro-Húngaro, derrotado na primeira guerra mundial. Tal Constituição, fortemente influenciada pelas visões de Hans Kelsen sobre direito e constituição, que participou da sua elaboração, introduziu o Tribunal Constitucional de poder concentrado, com domínio da inconstitucionalidade (ROMANO, 2020). Nessa estrutura, o Tribunal teria como função principal atuar como legislador negativo, cabendo exclusivamente a ele declarar a incompatibilidade de leis e decretos, federais ou estaduais, e a Carta Magna do país.

Na visão de Kelsen (1928 apud LAGI 2021), a jurisdição constitucional era de fundamental importância para manter o equilíbrio entre a União Federal e Regiões (Länder) e, portanto, para proteger a unidade intrínseca do Estado. Ademais, Kelsen vislumbrava a necessidade de se introduzir um órgão apartado do poder criador das leis para realizar o controle de constitucionalidade: “Assim é que não se deve contar com o Parlamento para implementar sua própria subordinação à Constituição. O órgão que convém incumbir de

anular seus atos inconstitucionais deve ser distinto dele, independente dele e, portanto, de qualquer outra autoridade estatal: esse órgão deve ser uma jurisdição ou um tribunal constitucional”.

Dessa forma, fica evidente a relevância do pensamento Kelseniano na formulação do Tribunal Constitucional austríaco. Válido ressaltar, também, que o próprio Hans Kelsen exerceu função de ministro dessa Corte Constitucional, no ano de 1920. A instituição do controle de constitucionalidade na corte suprema austríaca produz influências até os dias de hoje, pelo chamado “sistema austríaco do controle constitucionalidade”, marcado pelas seguintes características principais: Controle de constitucionalidade concentrado em um único órgão, em abstrato, por via principal e decisão com efeitos *erga omnes* e *ex nunc*. (RAMOS, 2022). Nos EUA, por outro lado, o controle de constitucionalidade, que já está em vigor desde 1803, foi inaugurado pelo relevante caso *Marbury vs. Madison*, que definiu a legitimidade de todo e qualquer juiz para declarar a inconstitucionalidade de uma lei, a requerimento da parte.

Esse tipo de controle, denominado difuso, diferencia-se da tradição europeia, pois não se concentra exclusivamente em uma só Corte de competência constitucional. À Suprema Corte estadunidense, compete a decisão de um número limitado de processos com precedência originária. Sua principal competência reside em julgar a constitucionalidade em processos oriundos de instâncias inferiores, produzindo efeito vinculante para decisões e leis futuras sobre o tema. Dessa forma, o princípio do *stare decisis* em que as decisões proferidas pela Suprema Corte dos EUA tem efeito altamente vinculante e *erga omnes*, apresenta-se como a pedra basilar da tradição *Common Law*, sob o qual se sustenta o controle de constitucionalidade dos Estados Unidos.

O desenvolvimento, na história constitucional, das cortes supremas, está intimamente ligado ao conceito de supremacia constitucional, ideia desenvolvida inicialmente por Alexander Hamilton (1787 apud DIAS, 2010), nos *Federalist Papers* e reavivada na teoria jurídica do Pós-Segunda Guerra Mundial, em resposta à crise do positivismo jurídico, dando espaço ao chamado Neoconstitucionalismo. Dessa forma, visualiza-se que a nova estruturação democrática, fundada na reaproximação entre direito e moral, transfere ao órgão de controle jurisdicional (juízes em geral, no controle difuso, ou o Tribunal Constitucional, no controle concentrado) não apenas a competência para tornar inválidos os atos contrários à

Constituição, mas também para invalidar a omissão estatal, juntamente com o não cumprimento do Programa Constitucional.

2.3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUA EVOLUÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Brasil, a exemplo das demais democracias constitucionais, possui uma suprema corte de guarda constitucional: O Supremo Tribunal Federal; fundado em 1828, à época denominado *Supremo Tribunal de Justiça*, sua evolução acompanhou as mudanças relativas aos governos vigentes, alternando entre crises e momentos de estabilidade. Em tal processo evolutivo, destaca-se o papel inaugurado à Corte pela Constituição de 1891, que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a função de guardião da Carta Magna Federal e da Ordem Federativa, tendo forte inspiração na doutrina constitucional dos Estados Unidos (MENDES, 2008). Para isso, tal documento garantia à Corte legitimidade para julgar constitucionalidade mediante recurso especial.

À frente na linha temporal, o governo provisório, que sucedeu à revolução de 1930, alterou, por meio de decreto, a quantidade de ministros no Supremo, reduzindo-os de quinze para onze, além de dividi-los em duas turmas distintas. Também, mediante decreto presidencial, Getúlio Vargas aposentou seis dos ministros titulares da corte. A Constituição de 1934, por sua vez, introduziu novidades, no sentido democrático, alterando as competências da Corte Suprema.

Dentre tais alterações, destacam-se a possibilidade de suspender execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo, a mando do Senado Federal, além da vedação de apreciação de questões políticas pelo Poder Judiciário. O período que sucedeu este intervalo democrático foi o Estado Novo, marcado pelo governo autoritário de Getúlio Vargas, sua nova constituição outorgada transferia a competência de nomeação do presidente e vice-presidente do Supremo Tribunal Federal ao chefe do poder executivo.

Além disso, limitava a independência entre os poderes no controle de constitucionalidade, tendo o presidente prerrogativa para determinar ao parlamento o reexame de lei declarada inconstitucional pela corte. Mais adiante, a Constituição de 1946, responsável pela volta à democracia, fixou em onze o número de ministros, garantindo a possibilidade de 8

alteração desse quadro mediante proposta do próprio Tribunal. Ademais, a carta constitucional assegurou competências básicas à Corte para julgamento de recurso extraordinário em caso de violação à constituição ou direito federal. O Ato Institucional Número 1, por sua vez, pôs fim ao ciclo de vida da Constituição Federal de 1946, dando início ao período ditatorial militar.

As consequências desse contexto político foram fortemente sentidas no Supremo Tribunal Federal, sobretudo a partir do Ato Institucional subsequente, de número 2. Além de reestruturar a ordem política, abolindo eleições diretas e partidos políticos existentes, o ato alterou também a quantidade de ministros do Supremo, alterando-a de onze para dezesseis, além de suspender as garantias da magistratura. Outrossim, em 1965, foi outorgada a Emenda Constitucional número 16, que definiu o controle direto de constitucionalidade de lei ou ato estadual diante da Constituição.

Mendes et. al. (2008) aponta que, apesar da imagem aparentemente progressista de tal medida, no contexto de ditadura militar, possuía caráter mais centralizador e anti-federativo. Com a Constituição de 1967, foi definida a quantidade de ministros da Corte em dezesseis e mantida a suspensão de garantias da magistratura, permitindo ao presidente da república a livre cassação de mandatos e direitos políticos de agentes públicos e servidores públicos.

Em 1969, o Ato Institucional número 6 reduziu a quantidade de ministros do Supremo para onze, além de decretar aposentadoria forçada de três ministros da Corte. Apontam a doutrina que, a partir de 1969, a atuação política do Supremo Tribunal Federal foi consideravelmente reduzida e que a maior contribuição da Corte neste período de supressão democrática tenha sido o desenvolvimento do sistema de controle de constitucionalidade, a partir da consolidação da representação de inconstitucionalidade. A revogação, em 1978, do Ato Institucional número 5, restabeleceu as garantias do Judiciário.

Após a convocação da Assembleia Nacional Constituinte, marca-se o fim do período ditatorial e reinaugura-se o Supremo Tribunal Federal, sob o prisma da Constituição Federal de 1988. Atualmente, o mesmo é formado por onze ministros, nomeados pelo presidente da República e, posteriormente, aprovados pelo Senado Federal; sua função precípua a guarda da Constituição.

A Carta Magna de 1988 expandiu significativamente as atribuições de competência originária da Corte, especialmente no controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, bem como do controle de omissão constitucional (MENDES et. al., 2008) Suas competências de julgamento estão dispostas no art. 102 da Constituição; há, no conteúdo referido um rol extensivo de competências que extrapolam o controle de constitucionalidade, configurando-se também em um órgão de cúpula do Poder Judiciário, além de foro especializado para julgamento de crimes políticos dos demais poderes.

Vieira (2008) entende essa concentração de funções no STF como ímpar em relação a outras democracias contemporâneas, uma vez que nelas tais funções estão concentradas ao menos três instituições diferentes (Tribunais Constitucionais, Foros Judiciais Especializados e Tribunais de Recursos de Última Instância).

Ademais, em relação ao controle difuso de constitucionalidade, herança do direito constitucional estadunidense, é importante citar a questão do Recurso Extraordinário. Originado na Constituição Federal de 1891, a partir da adoção do instituto *Writ of Error*, oriundo do direito estadunidense, o Recurso Extraordinário é cabível, de forma incidental, em matéria de possível afronta à Constituição, eventualmente produzida em decisões judiciais. Juntamente com o Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário, o mesmo constitui-se na possibilidade de se recorrer judicialmente ao Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, o Recurso Extraordinário é o meio pelo qual a referida Corte realiza, atualmente, o controle difuso de constitucionalidade, a partir de uma reclamação em um caso concreto, cuja função é questionar eventuais violações à Constituição, em decisões de último ou único grau. Ademais, o STF também realiza de forma relevante o controle de constitucionalidade por via concentrada, realizada pela verificação de equiparação entre um ato legislativo e a constituição federal, por meio de quatro ações: Ação direta de inconstitucionalidade; Ação declaratória de constitucionalidade; Ação direta de inconstitucionalidade por omissão; Arguição de descumprimento de preceito fundamental.

3. POPULISMO JUDICIAL

Antes de abordar o Populismo Judicial, um conceito dotado de grande imprecisão conceitual, sobretudo pela ampla evidência que lhe foi atribuída midiaticamente, definida por Galindo (2020) como “vácuo semântico”, faz-se necessária uma breve reflexão acerca do conceito de Populismo. Conforme apontam Mudde e Kaltwasser (2017), trata-se de um termo questionável, raramente usado por uma figura política para se autodefinir, já que carrega em si uma carga negativa de conotação acusatória. Ademais, dada a amplitude do termo, não raro encontram-se experiências políticas frontalmente diferentes entre si, mas que se enquadram doutrinariamente como populistas.

Nesse sentido, é possível identificar, por exemplo, a rotulação de Populismo na Europa do século XXI, em relação a políticos que fazem uso de discursos anti-imigração e xenofóbicos; no recorte histórico latino-americano, por outro lado, o Populismo se evidencia na preponderância de uma política clientelista e de má gestão econômica.

3.1. SOBRE O FENÔMENO DO POPULISMO

Para Weyland (2001), o Populismo é “mais bem definido como uma estratégia política por meio da qual um líder personalista busca ou exerce o poder do governo com base no apoio direto, não mediado e não institucionalizado, de um grande número de seguidores, em sua maioria desorganizados”. Ademais, também segundo o autor, o Populismo se divide em dois tipos relativos ao direcionamento do líder personalista: o Populismo direcionado a uma base coletiva e pública; e o Populismo direcionado a um conjunto de indivíduos “privados”. Dessa forma, os líderes populistas podem apelar tanto ao povo como ator singular fictício, quanto ao homem/mulher comuns, em uma pluralidade de atores. Enquanto o primeiro reivindica a vontade do povo (*volonté générale*), o segundo reivindica a soma de diversas vontades individuais (*volonté de tous*).

Segundo o autor, o Neopopulismo, a partir de 1980, privilegia quase sempre a segunda estratégia, nesses casos, os líderes populistas apelam à população, que já não acredita mais nos grupos de interesse e partidos estabelecidos, apresentando uma nova alternativa, “personalista”, para representar seus interesses. Nesse sentido, Weyland (2001) esclarece que o Neopopulismo é muito menos institucionalizado do que o Populismo clássico, por adotar uma posição ainda mais anti-organizacional, alcançando seguidores em sua esfera privada

(por meios midiáticos) e dependendo de respostas confidenciais dos cidadãos individuais (voto), em vez de manifestações coletivas das pessoas na esfera pública.

A *volonté de tous* substituiu a *volonté générale* como base votante de legitimação. Ao apelar a toda cidadania e ao averiguar a vontade do povo por intermédio do voto, o Neopopulismo é mais representativo do que o Populismo clássico, além de ser mais compatível com a democracia liberal. Ao elaborar um conceito de Populismo, de uma perspectiva ideológica, Mudde e Kaltwasser (2017) entendem Populismo como uma ideologia que considera a sociedade, em última análise, separada em dois grupos homogêneos e antagônicos: “o povo puro” *versus* “a elite corrupta”, e defensora da política como uma expressão da *volonté générale* (vontade geral) do povo; o Populismo, assim definido, cria dois pólos de oposição: elitismo e pluralismo.

Importante ressaltar também que, Mudde e Kaltwasser (2017) entendem Populismo como *Thin-centered Ideology*, ou seja, um discurso que carece de uma morfologia completa e não possui um núcleo ideológico tal como o Socialismo, o Liberalismo ou o Fascismo. Dessa forma, o populismo conseguiu se adaptar a diversos discursos ideológicos durante a história, sempre sustentados na contradição entre povo e elite. Logo, o Populismo parte de uma ruptura entre dois grupos socialmente distintos, materializados por uma maioria subjugada a uma pequena elite detentora do poder. É de recorte conceitual importante que Mudde (2017) exclui dois pontos recorrentemente imprimidos à ideologia populista: a presença do líder carismático e a relação direta com o povo sem intermediários. Em tal sentido, afirma que, embora a liderança carismática e a comunicação direta entre o líder e “o povo” sejam comuns entre os populistas, essas características facilitam, mas não definem o Populismo

Ademais, é possível perceber que o desenvolvimento de tal discurso é fortemente catalisado em momentos nos quais há crise de representatividade nas democracias liberais. Conforme afirma Galindo (2020), o Populismo contemporâneo emerge em um contexto econômico e financeiro de profundas crises, sobretudo de uma crise na democracia liberal.

De acordo com Alterio (2019), o discurso populista se apresenta retoricamente capaz de resolver crises nas instituições democráticas. Afirma-se ainda que o *déficit* democrático alimenta o Populismo e que sua vaga substância tende a se aproveitar das potencialidades discursivas da exclusão. Assim, a ineficiência das democracias liberais (sobretudo as

periféricas), em concretizar direitos e representatividade, ocasiona um descontentamento das populações marginalizadas em relação às instituições democráticas, vistas como distantes da voz popular, que se sente subrepresentada perante um sistema operante excessivamente elitizado e corruptível. Tal insatisfação, por sua recorrência, tornou o terreno fértil para o desenvolvimento de discursos populistas na política do século XXI.

Nesse sentido, a visão de Mudde e Kaltwasser (2017) direciona para o entendimento de que a manifestação populista se baseia substancialmente em uma elaboração retórica anti-*establishment*, que parte de uma relação contraditória entre o conceito de povo moralmente ilibado e uma elite corruptível, impulsionada por um descontentamento com as instituições representativas nas democracias liberais.

Por outro lado, na visão de Weyland (2001), o Populismo privilegia a relação entre um indivíduo (o líder personalista) e um grande grupo populacional majoritariamente não institucionalizado.

3.2. SOBRE O POPULISMO JUDICIAL

Desenvolvidas as possíveis elaborações conceituais sobre populismo na política, torna-se possível relacioná-los com o desenvolvimento de um conceito de populismo judicial. A produção doutrinária, no que diz respeito à definição de Populismo Judicial no Brasil, é consideravelmente contida. Assim como afirmam Mudde e Kaltwasser (2017) sobre o populismo em geral, a identificação de uma decisão judicial populista possui caráter acusatório e, na maioria das vezes, a aplicação do conceito circula entre os espaços midiáticos, sem nenhum compromisso com qualquer rigor teórico na sua formulação.

De forma leiga e, por vezes, até leviana, os veículos de comunicação e a sociedade acusam tribunais de produzirem decisões controversas, normalmente sobre assuntos de profunda relevância política, com a finalidade de atender segmentos sociais específicos. Nesse processo de rotulação das decisões, quando estão presentes alguns vieses político-ideológicos, costuma-se atribuir ao Poder Judiciário uma atuação populista. Acusados de julgar com ausência de critérios jurídicos, embasados apenas nas suas convicções ideológicas e legitimados por fortes apelos populares, ministros dos STF são achincalhados nos espaços públicos, acusados de corruptos e traidores da nação brasileira.

Essa infiltração das diversas “opiniões” da população, na maioria das vezes constituída por pessoas leigas, agrava ainda mais o panorama de incompreensão do que seria o populismo judicial. É fato que as conceituações encontradas na doutrina ainda não correspondem à exata adaptação dos conceitos de populismo político. Nesse sentido, afirma-se que:

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 (LIBÉRIO, 2021).

Ademais, conforme Salgado (2018), o populismo judicial se relaciona fortemente com um tipo de moralidade específica, que escapa aos princípios constitucionais e, muitas vezes, acaba por violá-los. Tal moralidade, em algumas circunstâncias, se mescla com a defendida pela opinião pública em momentos de instabilidade política. Tal abordado nos tópicos anteriores, a crise de representatividade nos poderes políticos cria terreno fértil para práticas populistas. A mesma lógica pode ser aplicada às decisões populistas do judiciário no Brasil, que se difundem fortemente em momentos de descrença dos demais poderes, que acabam por colocar o judiciário em posição de destaque na escuta dos anseios populares. Mendes (2008) afirma que a aplicação do populismo no judiciário tem causado a chamada “populisprudência”, Nesse sentido:

A populisprudência sintoniza sua antena na opinião pública e no humor coletivo e “transcende” a lei quando esta não estiver afinada com uma causa maior. Convoca apoiadores e lhes agradece publicamente pela mobilização em defesa da “causa”. Adere à cultura de celebridade, aceita prêmios em cerimônias chiques, tanto faz quem as organize ou quem sejam seus companheiros de palco. Frequenta gabinetes políticos e a imprensa, onde opina sobre a conjuntura política, alerta sobre decisões que poderá tomar em casos futuros e ataca juízes não aliados à “missão” (MENDES, 2008).

Dessa forma, percebe-se o surgimento de uma problemática entre o padrão decisório populista de juízes, voltado à opinião pública e, eventualmente inconstitucional, e o fundamento contramajoritário definido ao Poder Judiciário, a partir da doutrina. Destarte, é necessário pontuar as diferenças e semelhanças conceituais entre as concepções de populismo na política e populismo judicial apresentadas no presente texto.

Em primeiro lugar, enquanto o conceito de populismo de Weyland (2001) trata da necessária existência de um líder personalista na relação populista, é possível extrair a relação pessoal a partir do conceito de “populisprudência”, desenvolvido por Mendes et. al. (2008).

Isto pois, a inegável ascensão política de juízes em meio às crises de representatividade posiciona-os em uma situação de destaque, tanto midiático quanto político.

O conceito de populismo apresentado por Mudde e Kaltwasser (2017), por outro lado, defende a existência de uma contradição fixa entre elite e povo; nesse sentido, as concepções do Populismo Judicial aqui apresentadas explicitam uma interrelação com o conceito. A crise de representatividade nos poderes políticos no Brasil, desenvolvida anteriormente, aponta para um descontentamento da população perante uma elite privilegiada que ocupa altos cargos, em contraste com a maioria que sobrevive de forma precária, sem acessar minimamente seus direitos fundamentais.

Assim, ao decidir com base na *volonté-generale*, contra as elites e a favor do povo, o judiciário irá forçosamente ceder a uma retórica populista, cumprindo um papel majoritário, pertencente aos demais poderes.

4. POPULISMO JUDICIAL: LIMITES E POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA OPERAÇÃO LAVA JATO

Segundo Vieira (2008), o julgamento da Ação Penal 470, no caso conhecido como “Mensalão” (escândalo de corrupção entre os Poderes Executivo e Legislativo, na vigência do governo Lula), foi paradigmático na mudança de relação entre esses poderes e o judiciário, que até então se comportavam de maneira simbiótica e leniente. A importância de tal ação, considerada a mais longa da história brasileira, se evidencia pela mudança na postura do Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito à retomada do exercício de sua competência de julgar criminalmente membros do executivo e do legislativo, sobretudo dos considerados “políticos de alto escalão”.

4.1. PROTAGONISMO POLÍTICO DO STF NA OPERAÇÃO LAVA JATO

Como aponta Vilhena, além da mudança de postura e disposição do Supremo Tribunal Federal para julgar políticos nos escândalos de corrupção, houve mudança interpretativa de alguns cânones doutrinários do Direito, sobretudo Penal. Destaca-se, nesse

sentido, a adoção da Teoria do Domínio do Fato, pelo Supremo Tribunal Federal, para determinar autoria de crimes no caso da Ação Penal 470 (AP 470).

Desenvolvida pelo jurista alemão Claus Roxin, a referida teoria adota um critério objetivo-subjetivo, que considera autor aquele que possui o controle final do fato, tendo domínio da realização delituosa; para tanto, o mandante deve ser considerado autor. Ocorre que, segundo o criminalista Zenkner (apud CANÁRIO, 2013), o uso da teoria do Domínio do Fato na interpretação da lei, por ocasião da AP 470, foi feito de forma inadequada, porquanto a interpretação tomada pelo STF partiu da lógica de que “o simples fato de alguém estar lá e ter um posto de comando e poder de decisão seria suficiente para a condenação”.

Zenkner (apud CANÁRIO, 2013) aponta, também, que "a teoria do Domínio do Fato foi usada como uma norma de Direito Processual Penal, para questões de ônus da prova. Transportou-se ao Direito Processual Penal uma teoria do Direito Penal; a maneira estelionatária de lidar com o problema da falta de provas". Assim, é possível abstrair o início de uma lógica interpretativa extensiva e, por vezes, violadora de prerrogativas constitucionais, com o fulcro de assegurar o combate à corrupção. Nesse sentido, afirma Britto (apud CAPEZ, 2006), presidente da corte à época do julgamento do caso mensalão:

A causa mais desafiadora da minha presidência foi colocar em pauta e julgar, inclusive com dosimetria de pena, o chamado ‘mensalão’ (Ação Penal 470). Ali, o STF disse em alto e bom som que todos são iguais perante a lei, não basta ter punho de renda e colarinho branco para escapar desse princípio da igualdade (BRITTO apud CAPEZ, 2006).

Arruda (2014), por sua vez, afirma que o caso seria um exemplo do chamado *Trial by Media*, no qual os meios de comunicação ocupam papel prejudicial no processo, ao pressionar o julgador a tomar uma decisão com base na opinião pública, moldada pelos veículos de comunicação. Dessa forma, observa-se uma mudança de padrão no qual o STF teve de se encaixar, em que suas sessões passaram a ser televisionadas e, muitas vezes, liderando a audiência. Havia, inegavelmente, a expectativa social de que a Corte fizesse também parte no movimento de combate à impunidade que tomava conta do país desde 2013. Tanto o acompanhamento midiático, quanto o padrão responsivo do STF ao clamor popular, viriam a tornar-se um modelo nos anos seguintes.

Ademais, como também aponta Vieira (2008), a crise política agravada pelas manifestações populares de junho de 2013, que se iniciaram a partir do questionamento do

aumento dos preços das passagens de ônibus no município de São Paulo, deflagraram a existência do chamado “mal-estar constitucional” na democracia brasileira. Tal crise política, resultado da hiper fragmentação partidária e de maior autonomia e eficiência das instituições de controle da política (Ministério Público e Polícia Federal), resultou na batalha entre os estamentos jurídico e político. Algum tempo depois, o Brasil foi atravessado por mais um escândalo político: a operação “Lava Jato”.

A operação Lava Jato é tributária ao processo do Mensalão, que alterou o padrão de relacionamento entre as agências de aplicação da lei e o corpo político brasileiro, do amplo apoio popular obtido durante as manifestações de junho de 2013, assim como da incorporação ao sistema jurídico brasileiro do instituto da delação premiada (VIEIRA, 2008).

Iniciada no dia 17 de março de 2014, inspirada pela operação *Mani Pulite*, ocorrida na Itália, na década de 1990, a operação Lava Jato é considerada uma das maiores operações de combate à corrupção na história mundial, contando com 80 fases até o presente momento. Desenvolvida por meio de diversos mandados de busca e apreensão, prisões temporárias, prisões preventivas e conduções coercitivas (ANDREASSA, 2018), a operação iniciou-se com o inquérito contra o doleiro Alberto Youssef, que estaria transferindo valores ao ex-diretor de abastecimento da Petrobras, Paulo Roberto Costa.

A partir desse momento, os desdobramentos da operação demonstraram a existência de acordo de cartelização envolvendo funcionários da Petrobras, empreiteiras, operadores financeiros e agentes políticos, com objetivo de fraudar licitações, além de desvios de dinheiro, corrupção ativa e passiva, financiamento ilícito de partidos políticos, dentre outros crimes derivados (ESPOSITO, 2019).

Para Gonçalves e Andrade (2019), o avanço das investigações da PF, bem como os procedimentos de busca e apreensão determinados pelo mesmo órgão, possibilitou a descoberta do envolvimento de agentes políticos e dos demais agentes públicos na prática dos crimes. Os autores afirmam que a Petrobras, maior empresa estatal do país, passou a figurar como cenário de investigação de cartéis e fraudes em processos licitatórios envolvendo a celebração de contratos com empreiteiras.

A operação é reconhecida fortemente pela importação de técnicas de investigação e combate à corrupção de outros países, bem como pela renovação geracional de juízes, policiais e promotores, de maior capacitação técnica. Seus resultados foram de grande relevância, resultando na prisão de diversos políticos e a promessa de retorno aos cofres públicos do valor de R\$ 22 bilhões (ESPOSITO, 2019).

Com o desenrolar da operação, as investigações evidenciaram o envolvimento de políticos do alto escalão da política brasileira, inclusive dos ex-presidentes Michel Temer e

Luís Inácio Lula da Silva, preso em 2018 pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, por ordem do então Juiz Federal Sérgio Fernando Moro. De inegável relevância à operação foi também o papel da opinião pública; sobre o tema, Moro (2004), ao tratar sobre a operação *Mani Pulite* na Itália, aponta para a importância fundamental da concepção popular, tanto no processo de descrença dos políticos, quanto de valorização dos juízes envolvidos.

Ante tais particularidades que envolveram a operação, estava o Supremo Tribunal Federal com a missão de realizar a guarda da constituição, das prerrogativas individuais e do devido processo legal, devendo, eventualmente, exercer sua função contramajoritária, frente à pressão midiática e popular, pelo combate à corrupção e por justiça. Contudo, sua atuação em algumas decisões privilegiou interpretações relativizadoras de institutos jurídicos fundamentais, com o objetivo de assegurar a realização do "projeto anticorrupção", em curso no país. Nessa lógica abraçada pela corte, garantias penais constitucionais se tornavam formalidades que impediam "a realização plena da justiça".

Tal afirma o jurista Ferrajoli (2019), as garantias não fazem parte da cultura de massa ou mesmo do senso comum. Os acusados, de acordo com a opinião corrente, não são presumidamente inocentes, mas culpados. Dessa forma, importante papel exercem as garantias constitucionais em assegurar aos acusados amplos direitos na persecução penal, a exemplo da garantia da presunção de inocência, sobretudo quando há uma forte oposição da cultura de massa ou mesmo do senso comum.

4.2. PADRÃO DECISÓRIO DO STF *VERSUS* POPULISMO JUDICIAL

4.2.1. Ação Cautelar 4039

A primeira decisão do Supremo Tribunal Federal, considerada de forte apelo populista, durante a operação Lava Jato, foi a decisão liminar proferida na Ação Cautelar n. 4039, que decidiu pela prisão preventiva do então Senador Delcídio do Amaral, acusado de obstruir a produção de provas, em delação premiada, no curso da operação. Ocorre que a Constituição expõe claramente a imunidade sob a qual o senador estava protegido no art. 53, § 2º:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. § 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro

horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão (BRASIL, 1988).

Da simples leitura do texto constitucional, depreende-se a ilegalidade da prisão do parlamentar, que somente poderia se materializar na hipótese de cumprimento dos requisitos de estar o agente em flagrante delito e tratar-se de crime inafiançável. Contudo, o crime praticado pelo então Senador foi o enquadrado no § 1, art. 2 da lei 12.850/2013, especificamente pela prática de “impedir ou embaraçar a investigação de infração penal que envolva organização criminosa” (BRASIL, 1988). Ora, sabe-se que tal tipo penal não está incluído no rol de infrações inafiançáveis, conforme disposto no art. 5 da Constituição Federal, que assim rotula os crimes de: racismo (inciso XLII), prática de tortura (inciso XLIII), tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (inciso XLIII), crimes hediondos (inciso XLIII) e terrorismo (inciso XLIII).

Referente ao fundamento à prisão em flagrante de Delcídio do Amaral, o ministro relator Teori Zavascki entendeu pela existência de um crime permanente, ou seja, que tem sua execução prolongada no tempo, o que, portanto, configuraria a situação de flagrância, no momento de sua prisão; tese esta, no mínimo, inédita. Contudo, apesar da insuficiência de elementos para determinar a prisão do senador pelo delito cometido, a Corte entendeu pela constitucionalidade da medida, com fundamentos que flutuavam entre interpretações violadoras de garantias constitucionais e discursos moralistas, inflados pelo *zeitgeist* de combate à corrupção.

Em seu voto, a ministra Carmen Lúcia (2015) afirmou: “Crime não vencerá a Justiça [...] Um aviso aos navegantes dessas águas turvas de corrupção e iniquidades: criminosos não passarão a navalha da desfaçatez e da confusão entre imunidade e impunidade e corrupção. Em nenhuma passagem, a Constituição Federal permite a impunidade de quem quer que seja.” Ademais, prediz o ministro Celso de Mello em seu voto:

Quem transgride tais mandamentos, não importando sua posição estamental, se patrícios ou plebeus, governantes ou governados, expõem-se à severidade das leis penais e por tais atos devem ser punidos exemplarmente na forma da lei. Imunidade parlamentar não constitui manto protetor de supostos comportamentos criminosos (MELLO apud STF, 2015).

Desta forma, resta clara existência de uma estrutura discursiva destinada à opinião pública, focado no combate à corrupção. Segundo Galindo (2020), os argumentos utilizados

nos votos guardam uma retórica *anti-establishment*, e uma espécie de missionarismo judicial, fundado no combate à corrupção.

4.2.2. Ação cautelar 4070 e o afastamento do deputado Eduardo Cunha

Também extremamente marcante no âmbito de fundamentações populistas do STF, é a decisão pelo afastamento do então deputado Eduardo Cunha da presidência da câmara dos deputados, em 2016, a pedido do Procurador Geral da República (PGR). Cunha é tido como um dos políticos mais controversos na história recente do Brasil, passando a protagonizar a cena da operação Lava Jato em 2015, quando recebeu denúncias de corrupção e lavagem de dinheiro (GALINDO, 2020). Além disso, ocupando o posto de presidente da câmara dos deputados, seguiram diversas denúncias interferências do então deputado em investigares criminais no curso da operação Lava Jato.

Com isso, o Procurador Geral da República à época, Rodrigo Janot protocolou pedido para afastamento de Eduardo Cunha do cargo ocupado, em ação cautelar direcionada ao STF. Ocorre que, na legislação pátria, não é prevista nenhuma possibilidade de suspensão provisória de mandato eletivo a ser determinada pelo STF, cabendo essa apenas como medida substitutiva à prisão preventiva, incabível contra deputados e senadores, segundo o artigo 53, §2º da Constituição. Sobre o caso, o próprio PGR, em sua fundamentação na ação cautelar afirma que o caso é absolutamente atípico e diferenciado, demandando, portanto, tratamento igualmente diferenciado.

Nesse sentido, o entendimento apresentado pelos ministros do STF novamente apela a um discurso de tom populista, fundado no combate aos corruptos através da quebra de privilégios, na excepcionalidade de decisões legalidade questionável, mas com foco na justiça. Em sua fundamentação, o ministro Teori Zavascki, justifica que a permanência do deputado no cargo representaria um pejorativo capaz de conspirar contra a dignidade da instituição pelo deputado liderada. Finaliza, ainda, argumentando que a excepcionalidade de tais decisões pode vir a trazer avanços civilizatórios. Cita-se o trecho:

Decide-se aqui uma situação extraordinária, excepcional e, por isso, pontual e individualizada. A sintaxe do direito nunca estará completa na solidão dos textos, nem jamais poderá ser negatizada pela imprevisão dos fatos. Pelo contrário, o imponderável é que legitima os avanços civilizatórios endossados pelas mãos da justiça (GALINDO, 2020).

Nesse sentido, observa-se a repetição de um personalismo em relação aos ministros, determinados por eles próprios não como defensores da constituição em si, mas de uma concepção de justiça essencialmente populista.

4.2.3. Prisão em Segunda Instância e HC 266192/SP

Também um caso que denotou uma interpretação constitucional semelhante às anteriores, foi o julgamento do HC 266192/92, oportunidade na qual votou-se a constitucionalidade da prisão em segunda instância, que acabou também envolvendo o ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva. Pois bem, da leitura do art. 5 LVII: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

Ademais, expressa-se o art. 283 do Código de Processo Penal: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado” (BRASIL, 1988). Nos seus votos, os ministros que optaram pela negativa do HC (entendendo pela constitucionalidade do cumprimento de pena após condenação em segunda instância) fundamentaram, em sua maioria, utilizando o argumento da necessidade de seguir o apelo popular.

O ministro relator, Teori Zavascki, afirma que jurisdição penal deve ter por objetivo atender a vontade popular e que, no atual contexto, as garantias relativas à presunção de inocência acabam por representar um mecanismo inibidor da jurisdição penal. Por sua vez, o ministro Luis Barroso argumenta que o entendimento pela liberdade até o esgotamento das vias recursais, após a segunda instância criminal contribui significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade.

Por fim, a partir do levantamento das decisões proferidas pelo STF, percebe-se a reiteração de um padrão hermenêutico peculiar. Em todas as decisões citadas, as fundamentações mesclaram argumentos técnicos com apelos à moralidade e ao combate à corrupção, além de autoproclamar o Supremo como órgão responsável por combater tais problemas. Percebe-se a preponderância de argumentos morais sobre argumentos constitucionais, em momentos de extrema sensibilidade, nos quais, a partir do que foi

desenvolvido anteriormente, a corte constitucional deveria agir de forma contramajoritária, em defesa das prerrogativas individuais do indivíduo, independente de quem as possua. Nas palavras do ministro do STF, Gilmar Mendes:

Não cabe a esta Corte fazer relativizações de princípios constitucionais visando atender ao anseio popular. É preciso garantir e efetivar tais princípios, fazendo valer sua força normativa vinculante, dando-lhes aplicação direta e imediata, ainda que isso seja contra a opinião momentânea de uma maioria popular. Certamente, a decisão desta Corte que aplica rigorosamente a Constituição poderá desencadear um frutífero diálogo institucional entre os poderes e um debate público participativo em torno dos temas nela versados. A história nos demonstra que as decisões contramajoritárias das Cortes Constitucionais cumprem esse importante papel, uma função que, em verdade, é eminentemente democrática (MENDES et. al., 2008).

Desta forma, em tempos de ativismo judicial, se faz necessário pensar os iminentes riscos que um tribunal populista pode representar, considerando seu crescente protagonismo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa buscou demonstrar o fundamento histórico de atuação do Poder Judiciário e, mais especificamente, das Cortes Constitucionais. Entender como funcionam, sobretudo a partir da ótica Neoconstitucionalista, pressupõe compreender a ascensão dessas cortes à política e, como argumentava Hans Kelsen, a consagração de sua finalidade de guardiãs da Constituição, num evidente antagonismo à visão de Carl Schmitt.

Nesse contexto, a nova estruturação das democracias constitucionais criou espaço na política para o (re)surgimento do populismo, enquanto retórica dominante, sobretudo no Brasil. A esse cenário, que ainda exige uma longa caminhada no enfrentamento dos problemas causados pela inserção de um modelo populista na atual política brasileira, agregou-se um novo modelo: O Populismo Judicial. Para além dos poderes políticos, ao mimetizar e adaptar a retórica populista ao funcionamento dos tribunais, o populismo judicial acaba por se legitimar a partir de recorrentes apelos midiáticos e dos diversos seguimentos sociais na reivindicação de direitos, conduzindo as decisões do STF a um patamar de natureza mais política e cada vez menos jurídica, notadamente quando alinhadas à opinião pública punitivista e *anti-establishment*.

O recorte histórico da presente pesquisa se reporta ao período compreendido entre os anos 2013 a 2017, mais precisamente nas decisões proferidas pelo STF na operação Lava

Jato; no levantamento dos dados, foi possível identificar vieses argumentativos recorrentes, marcados por um padrão repetitivo nas decisões proferidas pelos ministros, justamente no momento em que a sociedade civil se mobilizou num movimento de repúdio à corrupção, disseminado no cenário político brasileiro.

Nesse contexto, o STF acabou por se tornar uma espécie de "arauto da justiça", para onde convergiram todos os descontentamentos sociais com o momento político vigente. No processo de reivindicar seu papel de guardião da constituição, o STF passa a atuar para além de sua competência, flexibilizando garantias constitucionais em nome da defesa da própria Constituição. Esse paradoxo produziu uma cisão ideológica entre os jurisdicionados, que, de um lado, acompanhavam a atuação do STF com desconfiança e, de outro, ovacionavam as decisões dos ministros como verdadeiros atos de coragem no combate à corrupção.

Tal divisão produzida na sociedade brasileira criou um ambiente de hostilidade e de expectativas políticas, que acabaram por transferir aos ministros a responsabilidade de se posicionar politicamente em suas decisões. Por sua vez, o STF passou a acolher os anseios populares, validando, com discursos de constitucionalidade, decisões nem sempre tecnicamente alicerçadas em normas constitucionais. Não se pode olvidar dos riscos de uma atuação jurisdicional do STF submetida à opinião pública. A história é categórica em demonstrar os perigos da aplicação da vontade política da maioria democrática como verdade. Líderes autoritários ascenderam ao poder legitimados pelo voto majoritário, na moldura da legalidade.

Para combater violações de direitos fundamentais, inclusive, os tribunais atuam na defesa da correta interpretação e aplicação de normas constitucionais, visando conter a expressão de vontade da maioria contra as minorias democráticas; logo, a inversão dessa ordem promove o enfraquecimento do sistema de freios e contrapesos, fundamental às democracias, legitimando subjetividades no processo de produção de justiça.

Em tempos de protagonismo político do Judiciário (sobretudo das Cortes Constitucionais), é importante que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal não ceda à retórica populista, que repetidamente o induz, nas palavras de Agamben (2004), ao patamar de indefinição entre absolutismo e democracia, quando sua função primeira é guardar a

Constituição, tanto em sua formalidade, quanto em sua materialidade, ante os conflitos de vontade oriundos da política.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 13.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ANDREASSA JR., Gilberto. Impactos da Operação “Lava-Jato” no Estado Democrático de Direito. **Revista Internacional de Direito Público**, v.4, p. 199-221, 2018.

ALTERIO, Ana Micaela. **Reactive vs Structural Approach: A public Law Response to Populism**. *Cambridge Core*, 2019. Disponível em: <https://cambridge.org/core/journals/global-constitutionalism/article/abs/reactive-vs-structural-approach-a-public-law-response-to-populism/b79DB24AED0F57BB0C0578B5B965#access-block>. Acesso em 08 de dezembro de 2022.

ARRUDA, Alexandre da Silva. **O Julgamento do Caso Mensalão e a Influência da Mídia: Um Ponto Fora da Curva**. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Justiça Administrativa) - Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2014.

BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 240, p. 1– 42, 2005. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43618. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 14 de novembro de 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República (2016). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 08 de dezembro de 2022.

CANÁRIO, Pedro. **STF Aplicou Domínio do Fato de Forma Grotesca**. Consultor Jurídico, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-abr-28/stf-aplicou-teoria-dominio-fato-forma-grotesca-advogado>. Acesso em 08 de dezembro de 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal. Parte geral**. Volume 1, Saraiva, 2006.

CORDEIRO, TIAGO. **Quanto Dinheiro foi recuperado pela Lava Jato e onde ele foi parar**. *Gazeta do Povo*, 2021. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/república/lava-jato-dinheiro-recuperado-destino/>. Acesso em 08 de dezembro de 2022.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1997.

DIAS, Jean Carlos; FILHO, P.T.D.K. (org.). **O Devido Processo Legal**. 1ª ed., São Paulo: Método – Grupo Gen, 2010, p. 144.

ESPOSITO, Mauricio Pontes. Operação Lava Jato e Mídia: Uma Reflexão sobre a Imagem da Justiça. In: **VI Congresso Internacional de Comunicação e Cultura**, 2018, São Paulo.

FERRAJOLI, Luigi. Entrevista. In: DESC - **Direito, Economia e Sociedade Contemporânea**, vol. 2, n° 1. Campinas: FACAMP, 2019, pp. 32-33 (<https://8org/10.33389/desc.v2n1.2019.p31-50>).

GALINDO, Bruno et. al., **Populismo, Constitucionalismo Populista, Jurisdição Populista e Crise da Democracia**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

GONTIJO, Manfredo Schwaner. Constitucionalismo e Neoconstitucionalismo em Linhas Gerais. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia**, Salvador, v. 3, n. 5, p. 98-122, nov. 2014.

GONÇALVES, Vinícius Batista; ANDRADE, Daniela Meirelles. A Corrupção na Perspectiva Durkheimiana: um estudo de Caso da Operação Lava-Jato. **Revista de Administração Pública**, v. 53, p. 271-290, 2019.

JESTAEDT, Matthias. **Ao Tribunal Constitucional Federal Alemão, pelo seu septuagésimo aniversário**. Jota, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/352665/tribunal-constitucional-alemao-comemora-70-anos>. Acesso em 14 de novembro de 2022.

KANIAK, Thais. **Eduardo Cunha é condenado a 15 anos de prisão or corrupção passiva e lavagem de dinheiro na Lava Jato no Paraná**. G1 Paraná, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2020/09/09/eduardo-cunha-e-condenado-a-15-anos-de-prisao-por-corrupcao-passiva-e-lavagem-de-dinheiro-na-lava-jato-no-parana.ghtml>. Acesso em 08 de dezembro de 2022.

LAGI, Sarah. Hans Kelsen e a Corte Constitucional Austríaca (1918 – 1929). **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [S.l], v.2, n.1, p.258 – 277, 2021. DOI. 10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v26i12185. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rfd/article/view/2185>. Acesso em 08 de dezembro de 2022.

LIBÉRIO, Alekssandro Souza. **Populismo Judicial: Perspectiva Crítica a Partir da Atuação do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: IDP *Law Review*, 2021 (Artigo).

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo; **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. **Populisprudência**. Os Constitucionalistas. Disponível em <https://www.osconstitucionalistas.com.br/populisprudencia>. Acesso em 14 de novembro de 2022.

MORO, Sérgio Fernando. **Considerações sobre a Operação Mani Pulite**. R. CEJ, Brasília, n. 26, jul./set. 2004.

MUDDE, Cas; KALTWASSER, Cristóbal Rovira. **Populism: A Very Short Introduction**. Oxford: Oxford University Press, 2017.

RAMOS, Leonardo Machado. **Stare decisis e a superação de precedentes no direito dos Estados Unidos**. CONJUR, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-19/leonardo-ramos-stare-decisise-superacao-precedentes>. Acesso em 14 de novembro de 2022.

ROMANO, Rogério Tadeu. **Direito Constitucional Austríaco**. Jus.com.br.,2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/78877/direito-constitucional-austriaco>. Acesso em 08 de dezembro de 2022.

SALGADO, E. D. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 117, 15 nov. 2018.

SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law: an Essay**. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1997. p. 07.

SILVA, Tatiana Mareto. O Constitucionalismo Pós-Segunda Guerra Mundial Crescente Ativismo Judicial no Brasil: Uma Análise da Evolução do Papel do Poder Judiciário para a Efetivação das Constituições Substancialistas. **Revista de Teorias do Direito e Realismo Jurídico** | e-ISSN: 2525-9601 | Brasília | v. 2 | n. 1 | p. 270 - 288 | Jan/Jun. 2016.

STF. 2ª Turma **Referenda Prisão do Senador Delcídio do Amaral e de mais três investigados**. JusBrasil, 2015. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/28320136/2a-turma=referenda=prisap=do-senador-delcidio-do-amaral-e-de-mais-tres-investigados>.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia: *in* **Revista Direito GV** 8. São Paulo | P. 441-464 | Jul-Dez 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes: Da Transição Democrática ao Mal-Estar Constitucional**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

WEYLAND, Kurt. *Clarifying a Contested Concept: Populism in the Study of Latin American Politics*. **Comparative Politics**, vol. 34, no. 1, 2001, pp. 1–22. *JSTOR*, <https://doi.org/10.2307/422412>. Accessed 31 Aug. 2022.