

O Efeito Backlash na jurisdição constitucional brasileira e os limites da mutação constitucional

O presente artigo visa desenvolver um debate acerca do Efeito Backlash na jurisdição constitucional brasileira e analisar quais são os limites da mutação constitucional. Foi realizada uma pesquisa bibliográfica a partir de artigos científicos, teses, dissertações e livros especializados para enriquecer as informações e possibilitar um trabalho fidedigno. A Mutação Constitucional quando usada de forma ditatorial pelo Poder Judiciário acaba por promover um odioso ativismo judicial, no entanto, quando as decisões são dialógicas, o Estado Democrático de Direito sai fortalecido, buscando uma efetividade das garantias constitucionais sem que isso signifique uma quebra na repartição dos poderes. Foi possível vislumbrar, no estudo dos casos concretos que sofreram efeito backlash, que as reações populares a decisões do STF foram fundamentais para a mudança de entendimento de determinadas matérias, seja pelo próprio tribunal ou pela pressão política exercida para que o legislativo regulamentasse a matéria conforme o clamor da população. As decisões fundamentais do Estado estão cada vez mais expostas à análise direta do povo, isso fortalece a democracia a partir do momento em que as pessoas refletem sobre as mesmas, e interferem de forma inteligente sobre os poderes constituídos, exercendo, de certa forma, um controle de constitucionalidade popular direto.

Palavras-chave: Efeito Backlash; Mutação Constitucional; Ativismo Judicial.

The Backlash Effect on Brazilian constitutional jurisdiction and the limits of constitutional change

This article aims to develop a debate about the backlash effect in the Brazilian constitutional jurisdiction and to analyze what are the limits of constitutional mutation. A bibliographic search was carried out from scientific articles, theses, dissertations and specialized books to enrich the information and enable a reliable work. Constitutional change when used in a dictatorial manner by the judiciary ends up promoting an odious judicial activism, however, when decisions are dialogical, the Democratic Rule of Law is strengthened, seeking an effectiveness of constitutional guarantees without this meaning a breakdown in the distribution of powers. It was possible to glimpse, in the study of the concrete cases that suffered a backlash effect, that the popular reaction to decisions of the Supreme Court were fundamental for the change of understanding of certain matters, either by the court itself or by the political pressure exerted for the legislature to regulate the matter as the outcry of the population. The fundamental decisions of the State are increasingly exposed to the direct analysis of the people, this strengthens democracy from the moment that people reflect on them, and interfere intelligently on the constituted powers, exercising, in a way, a control of direct popular constitutionality.


Keywords: Backlash Effect; Constitutional Mutation; Judicial Activism.


Topic: **Direito Constitucional**

Received: **15/12/2020**

Approved: **20/03/2021**

Reviewed anonymously in the process of blind peer.

Rafael Rocha Silva 
Faculdade 8 de Julho, Brasil
<http://lattes.cnpq.br/3956542711437931>
<http://orcid.org/0000-0002-1283-3283>
profrafaelrocha.adv@gmail.com

Dirley da Cunha Júnior 
Faculdade 8 de Julho, Brasil
<http://lattes.cnpq.br/2828640231760353>
<http://orcid.org/0000-0001-8661-6313>
dirleyvictor@uol.com.br



DOI: 10.6008/CBPC2674-6409.2021.001.0001

Referencing this:

SILVA, R. R.; CUNHA JÚNIOR, D.. O Efeito Backlash na jurisdição constitucional brasileira e os limites da mutação constitucional. **Libro Legis**, v.3, n.1, p.1-20, 2021. DOI: <http://doi.org/10.6008/CBPC2674-6409.2021.001.0001>

INTRODUÇÃO

A jurisdição constitucional brasileira tem como premissa o princípio da supremacia da constituição, e todo e qualquer outro ato normativo ou executivo devem obediência às normas e princípios expressos e implícitos na nossa carta maior. Ultimamente, inclusive devido à grande publicidade dos atos decisórios da suprema corte do Brasil, muitas das decisões do Supremo Tribunal Federal estão sofrendo pressão popular, consequentemente ganhando um viés político considerável, o que acaba por pressionar o legislador a editar leis que vão de encontro às decisões do STF, a exemplo da emenda da vaquejada. Inclusive a própria corte vem revisando decisões de forma repentina, como podemos citar os contraditórios entendimentos acerca da execução da pena em segunda instância. Essas reviravoltas acabam por potencializar a insegurança jurídica, lesando a própria jurisdição. O Efeito Backlash é justamente essa resistência a algumas decisões da suprema corte, que cada vez mais, deixa transparecer um ativismo judicial inerente às constantes mutações constitucionais, o que pressupõe muitas vezes uma quebra na separação dos Poderes, devendo assim sofrer limitações.

Diante do exposto percebemos que o clamor popular em determinadas decisões judiciais, leis ou ato administrativos, acaba por influenciar na reação legislativa ou do próprio judiciário para retornar ao “*status quo ante*”, inclusive pelo fato de muitas decisões que visam tutelar direitos de minorias, acabam por deixar uma maioria inconformada, ocasionando a reação e o consequente Efeito Backlash.

Fatos estes ocasionam uma interrogação no mundo jurídico, qual seja: como a soberania popular acaba por influenciar as decisões do Supremo Tribunal Federal e limitar o instituto da Mutação Constitucional?

O presente trabalho objetiva investigar quais são os limites da muta o constitucional e como o clamor popular influencia o Efeito Backlash na jurisdi o constitucional brasileira. Além disso, busca-se com esse estudo analisar casos concretos e recentes que sofreram o Efeito Backlash, inclusive abordando aspectos críticos em torno do ativismo judicial que   inerente às decisões da suprema corte brasileira.

  de suma importância entendermos a jurisdi o constitucional, exercida pelo controle de constitucionalidade, para que possamos fortalecer o Estado Democrático de Direito. O ativismo judicial exacerbado acaba por violar princípios básicos da nossa democracia, a exemplo da separa o dos poderes. Muitos hoje chegam a proferir o termo “ditadura do Poder Judiciário”, pois muitas das vezes o Poder Judiciário toma decisões que seriam inerentes ao Poder Executivo ou Legislativo, invadindo competência de outro Poder. De outro lado o trabalho tem justificativa no fortalecimento do Poder popular, que pode ser exercido de for indireta ou direta, causando o Efeito Backlash das decisões jurisdicionais, deixando transparecer o mandamento constitucional disposto no parágrafo único do art. 1  da nossa carta maior, designando todo o poder ao povo.

O presente trabalho   elaborado a partir de uma minuciosa pesquisa bibliográfica, o intuito   realizar um debate de ideias entre pesquisadores, doutrinadores e operadores do direito, com o fito de coletar informa es e opiniões fidedignas para que seja possível atingir os objetivos propostos, desta forma

possibilitando o incremento do instituto em tese e da ciência jurídica.

DISCUSSÃO TEÓRICA

A construção da jurisdição constitucional brasileira

A jurisdição constitucional brasileira surge a partir de um sistema de controle de constitucionalidade de leis, construindo um arcabouço de normas e valores a serem implementados na sociedade.

“A jurisdição constitucional é consectário lógico da democracia, na medida em que o controle caminha ao lado desse regime. O desenvolvimento da democracia é proporcional ao sistema de controle” (CUNHA JUNIOR, 2017).

Todo sistema pressupõe uma organização no funcionamento de diversos órgãos que devem funcionar em harmonia para o alcance do resultado desejado. O parâmetro da jurisdição constitucional é a supremacia da constituição federal, ou seja, todos os atos normativos devem obediência a essa carta maior, o aperfeiçoamento desse sistema é inerente a evolução dos debates constitucionais que visam a concretização fática de um Estado Democrático de Direito.

Como leciona Bulos (2017), os “sistemas de controle da constitucionalidade são as matrizes das quais derivaram os diversos modelos de justiça constitucional”.

Essa construção surge através do debate entre dois sistemas de controle, quais sejam: O Sistema austríaco e o Sistema norte-americano.

Sistema austríaco x sistema norte-americano

O Sistema de controle de constitucionalidade austríaco foi balizado a partir da teoria do jurista Hans Kelsen e fundamenta o controle concentrado de constitucionalidade. Rêgo (2018), nos ensina que:

Antes da publicação de sua Teoria Pura do Direito, Kelsen já era reconhecido como grande expoente do Direito e, em especial, do Direito Constitucional praticado em seu país de origem, inclusive tendo influenciado de forma decisiva na produção da Constituição austríaca de 1920. Nesse particular, destaca-se, entre outros feitos, a criação da Corte Constitucional da Áustria¹⁵⁹, órgão ao qual foi dada a atribuição de controlar a constitucionalidade de leis e atos normativos estaduais e federais.

As características desse sistema pressupõem decisões de natureza constitutiva, que reconhecem uma nova situação no mundo jurídico; a inconstitucionalidade é inerente ao plano da eficácia da norma, ou seja, a lei é válida até a decisão que determina sua anulação, desta forma não é retroativa. Segundo Rocha (2015), os efeitos da decisão proferida, por via do controle concentrado, têm natureza constitutiva negativa, afastando a eficácia do ato a partir da sua publicação pelo tribunal, mantendo-se os efeitos advindos até a declaração de inconstitucionalidade da norma.

Em outra esteira se apresenta o Sistema norte-americano de controle de constitucionalidade, que foi implementado por John Marshall durante o julgamento do famoso caso *Marbury versus Madison*.

Marshall foi um estadista convertido em juiz. Dotado de inteligência fulgurante, possuía a experiência da vida e o conhecimento que transcendia a mera formalidade dos livros técnicos. Tinha a força da ponderação e do equilíbrio. Não era formado em direito, e, segundo Joseph Story, seu amigo e colega, sua simplicidade de caráter a todos encantava.

Nomeado chief justice em 4 de fevereiro de 1801, ao apagar das luzes da presidência de John Adams, legou para a humanidade o seu contributo. Com todas as letras, foi o grande disseminador do controle difuso de normas. (BULOS, 2017)

O caso em comento foi detalhado por Rocha (2015), ressaltando a importância do julgamento para estabelecer as bases do sistema do *judicial review* que passou a vincular a jurisdição estadunidense, tornando o conteúdo do julgado obrigatório para a suprema corte e para os tribunais inferiores.

O Sistema norte-americano que acabou influenciando diversas constituições pelo mundo, inclusive a do Brasil, tem como características: eficácia declaratória da situação jurídica; ao contrário do sistema austríaco, aqui a inconstitucionalidade atinge a validade da norma, de forma que a norma declarada inconstitucional, em tese, nunca existiu, por ser ato nulo produz efeitos retroativos, devendo atingir o nascimento da lei; a característica mais marcante é justamente a descentralização do controle de constitucionalidade, podendo ser feita por qualquer juiz.

Para Bulos (2017), o Sistema americano de controle de constitucionalidade deixa, para o mundo, dois importantes legados, quais sejam: o poder de qualquer juiz para averiguar a inconstitucionalidade das leis diante do caso concreto, tanto na via de defesa ou exceção; e a possibilidade de fiscalização da constitucionalidade no curso de qualquer ação judicial, quando uma das partes quer aplicar a lei e a outra parte se defende da pretensão, alegando para isto a inconstitucionalidade da norma em tese.

O Brasil adotou os dois sistemas, a doutrina define que o controle no Brasil é de natureza mista, pois utiliza o concentrado (europeu) e o difuso (americano), pois temos diversos institutos que balizam o controle de constitucionalidade respeitando características próprias dos dois sistemas, no entanto existe uma mitigação considerável de suas características, a exemplo da modulação dos efeitos da decisão, que atinge em cheio o princípio da nulidade dos atos inconstitucionais, admitindo a prorrogação de sua validade e aceitando que seus efeitos da decisão sejam prospectivos.

Sobre a modulação dos efeitos da decisão, o ilustre Lenza (2019) leciona que:

Trata-se da denominada, pela doutrina, técnica de modulação dos efeitos da decisão e que, nesse contexto, permite uma melhor adequação da declaração de inconstitucionalidade, assegurando, por consequência e conforme visto, outros valores também constitucionalizados, como os da segurança jurídica, do interesse social, da boa-fé, da proteção da confiança legítima, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito. (LENZA, 2019)

Desta forma fica claro que o sistema adotado pelo Brasil, que antes era exclusivamente o americano, passa a ter natureza mista. Conforme leciona o mestre Silva (2007):

O Brasil seguiu o sistema norte-americano, evoluindo para um sistema misto e peculiar que combina o critério difuso por via de defesa com o critério concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade, incorporando também agora timidamente a ação de inconstitucionalidade por omissão (arts. 102, I, a e III, e 103). A outra novidade está em ter reduzido a competência do Supremo Tribunal Federal à matéria constitucional. Isso não o converte em Corte Constitucional. Primeiro porque não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, já que o sistema perdura fundado no critério difuso, que autoriza qualquer tribunal e juiz a conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade, por via de exceção. Segundo, porque a forma de recrutamento de seus membros denuncia que continuará a ser um Tribunal que examinará a questão constitucional com critério puramente técnico-jurídico, mormente porque, como Tribunal, que ainda será, do recurso extraordinário, o modo de levar a seu conhecimento e julgamento as questões constitucionais nos casos concretos, sua preocupação como é regra

no sistema difuso, será dar primazia à solução do caso e, se possível, sem declarar inconstitucionalidades. (SILVA, 2007)

É inegável a importância da jurisdição constitucional para o regime democrático e para a harmonia social. No entanto essa ferramenta deve ser usada a luz da legalidade e de outros princípios norteadores do direito constitucional para que não haja abusos e lesões a própria constituição federal. Principalmente por esse controle ser realizado pelo único Poder que, em tese, não tem representatividade popular, o que passa a ser uma característica importante quando sabemos que o povo é o “dono” de todo o poder.

O instituto da mutação constitucional e os seus limites

A mutação constitucional é um instituto usado com frequência pelo Supremo Tribunal Federal. Tem o objetivo de dar um novo sentido a uma norma constitucional, no entanto, sem passar pelo processo legislativo formal, ou seja, o texto da lei permanece intacto, a alteração fica apenas na esfera da interpretação normativa.

Bulos (2017), leciona que a mutação constitucional “é o processo informal de mudança das constituições que atribui novos sentidos aos seus preceitos significados e conteúdos antes não contemplados”.

Um tradicional exemplo de mutação constitucional ocorreu com o entendimento do art. 226, § 3º da Constituição Federal. A letra da lei dispõe que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o **homem e a mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. O STF em um complexo julgamento, fez uma interpretação usando outras normas e princípios constitucionais e criou jurisprudência mudando o entendimento do texto, passando a permitir a união entre homem e homem, mulher e mulher. A inteligência do ministro Barroso (2020), nos ensina que “a mutação constitucional em razão de uma nova percepção do Direito ocorrerá quando se alterarem os valores de determinada sociedade. A ideia do bem, do justo, do ético varia com o tempo”.

O instituto da Mutação Constitucional vem ganhando visibilidade devido à grande incidência na jurisdição constitucional brasileira, muitas das vezes em decisões polêmicas, a exemplo da supracitada, outras vezes decisões contraditórias, a exemplo da prisão em segunda instância. O fato é que diversas decisões vêm sendo questionadas quanto ao rigor científico-dogmático, gerando grande insegurança jurídica e muitas vezes descontentamento popular e no âmbito dos operadores do direito.

Barroso (2020), diz que “para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular”.

É importante o instituto citado no que se refere ao poder de acompanhar a evolução social e adaptar o direito à sociedade. Porém é necessário um cuidado para não lesionar nossa carta maior, pois de um lado existe a necessidade de preservar direitos e garantias, para isso o neoconstitucionalismo impõe uma maior abrangência do trabalho jurisdicional; de outro observar o princípio da separação dos Poderes, não podendo o Judiciário invadir a esfera de outros Poderes, já que o Legislativo seria o Poder responsável por acompanhar essas mudanças sociais e realizar as devidas alterações legislativas. Segundo Sacchetto (2015)

Em termos predominantes, a principal justificativa que a doutrina utiliza para fundamentar o uso das mutações constitucionais está atrelada ao argumento de necessidade de atualização da Constituição por meio de uma interpretação evolutiva, que seja capaz de manter a força normativa da Carta Maior, de modo a evitar que o documento jurídico-político se torne engessado e destoante da realidade social.

Essa invasão em outra esfera de Poder, se exceder os limites legais, tornar-se-á antidemocrática, e por ferir princípios constitucionais, será uma Mutação Constitucional inconstitucional, termo esse utilizado por parte da doutrina. Nesse sentido Bulos (2017) diz que essas mutações são processos informais de viola o   constitui o, acabando por destruir a vida dos preceptivos constitucionais. Os efeitos provocados por essas deforma es variam em grau e profundidade e contrariam a carta maior em maior ou menor extensão, no entanto, sem mudar a letra das suas normas.

Nessa esteira, indaga Ferraz (2015), “quem controla, quem limita a atua o judicial na tarefa de interpretar a constitui o?”.

Limites da muta o constitucional

Para que a Muta o Constitucional não se torne um instituto violador do Estado Democrático de Direito,   necessário a observância de limites impostos de forma explícita ou implícita, sejam limites baseados em normas positivadas ou em princípios. Esse balizamento do uso do instituto   fundamental para a garantia da ordem democrática da na o.

Por óbvio, não   uma tarefa fácil traçar uma linha limitadora no que se refere a atua o do poder judiciário na busca de dar efetividade   constitui o, o direito não   exato e o subjetivismo dessa trabalho   um grande desafio, pois de um lado temos o risco da inefetividade constitucional, tornando a nossa carta maior apenas em um emaranhado de letras mortas produzindo normas sem valor algum, no entanto, caso extrapole os limites, temos o risco de invadir a competência de outro Poder, lesando princípios basilares da carta constitucional. De acordo com a inteligência de Bulos (2017),

A única limita o que poderia existir – mas de natureza subjetiva e, até mesmo, psicológica, seria a consciência do intérprete em não extrapolar a forma plasmada na letra dos preceptivos supremos do Estado, mediante interpreta es deformadoras dos princípios fundamentais que embasam o documento maior, Assim, estar-se-ia evitando as muta es inconstitucionais, e o limite, nesse caso, ficaria por conta da pondera o do intérprete, que, sem transbordar os mecanismos de controle de constitucionalidade, atualizaria a constitui o.

  evidente que o subjetivismo enraizado nesse limite   demasiadamente arriscado, pois o judiciário, em tese, poderia ter uma amplitude de interpreta o que lhe daria “superpoderes”, o que acaba por motivar críticas ao ativismo judicial.

Alguns juristas tratam desses limites de forma mais objetiva, criando parâmetros de controle de decisões judiciais mais seguros, a exemplo de Ferraz (2015), que em sua obra traz o debate sobre algumas limita es, a exemplo das chamadas questões políticas que devem ser afastadas da aprecia o dos tribunais, devendo se abster de julgá-las, pois são matérias vedadas ao seu crivo e poder de decisão, essa relutância   inerente ao sistema americano e tem se afluado na prática constitucional brasileira.

Outro importante jurista que faz severas críticas ao superpoder do STF, denominado por muitos de supremocracia,   o Lênio Luiz Streck, fazendo uma crítica ao “pamprincipiologismo”, alegando que está

ocorrendo uma grande produção de princípios despidos de normatividade, gerando o chamado álbi teórico, facilitando o poder interpretativo do judiciário ao bel prazer das suas convicções pessoais.

Recentemente um caso bastante controverso sobre a invasão decisória do STF em questões políticas ocorreu durante o ato do Poder Executivo em nomear um diretor da Polícia Federal, logo após a nomeação foi vetada pelo Ministro Alexandre de Moraes, com fundamento nos princípios da moralidade e impessoalidade da administração pública, já que existia indícios de que o presidente queria intervir em determinadas investigações. O fato é que a decisão é bastante complexa, justamente por invadir uma decisão de cunho estritamente político, podendo ser atentatória à democracia.

A inteligência de Ferraz (2015), descreve outro fator limitante da atuação interpretativa judicial, sustentando que,

A tipologia das normas constitucionais influi, de modo mais sensível, na interpretação constitucional legislativa, conforme já se mencionou. Assim, por exemplo, as normas constitucionais de eficácia limitada, tanto as programáticas como as de princípio institutivo, dão inegável elastério à atividade interpretativa do legislador. Todavia tal critério não influi, de modo tão significativo, na atividade interpretativa jurisdicional. Em outras palavras, a tipologia das normas constitucionais não é critério sobremodo significativo para exame da extensão ou dos limites da interpretação jurisdicional.

Não obstante, não se pode desconhecer que o papel do intérprete judicial assume relevância no que diz respeito à interpretação dos elementos de contenção referidos nas normas de eficácia contida.

É irrecusável a importância da interpretação, pelo Judiciário, das expressões de contenção, amplamente veiculadas no texto constitucional, tais como interesse público, utilidade pública, segurança nacional, interesse social, interesse peculiar, perigo público iminente, ordem democrática, regime democrático.

Interessante julgado sobre o tema foi referente ao direito de greve do servidor público, a norma foi considerada pelo Supremo Tribunal Federal como de eficácia contida, inclusive ensejando decisão jurisdicional para aplicar a lei já existente inerente a regulamentação de greve da iniciativa privada, enquanto o legislador não obedece ao mandamento constitucional referente à regulamentação da greve dos servidores públicos civis. Decisão inclusive de interessante engenharia pelo STF, já que acabou por garantir um direito constitucional previsto e não garantido, ao mesmo tempo que não invadiu a esfera do poder legislativo, ditando norma regulamentadoras.

Ferraz (2015) leciona que na prática, a interpretação constitucional pode sofrer o controle popular que permite, por exemplo, a cassação de uma decisão judicial por solicitação popular.

Seria o que chamamos de recall judicial, um instrumento que parte da premissa de que todo o poder emana do povo, trazendo uma forte premissa que se consagra na soberania popular positivada na constituição.

Como forma de enriquecer o debate acerca das limitações da interpretação constitucional, faz-se mister a leitura do seguinte julgado:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. DIREITO DE ANTENA E DE ACESSO AOS RECURSOS DO FUNDO PARTIDÁRIO ÀS NOVAS AGREMIÇÕES PARTIDÁRIAS CRIADAS APÓS A REALIZAÇÃO DAS ELEIÇÕES. REVERSÃO LEGISLATIVA À EXEGESE ESPECÍFICA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADI 4.490 E na adi 4.795, REL. MIN. DIAS TOFFOLI. INTERPRETAÇÃO CONFORME DO ART. 47, § 2º, II, DA LEI DAS ELEIÇÕES, A FIM DE SALVAGUARDAR AOS PARTIDOS NOVOS, CRIADOS APÓS A REALIZAÇÃO DO PLEITO PARA A CÂMARA DOS DEPUTADOS, O DIREITO DE ACESSO

PROPORCIONAL AOS DOIS TERÇOS DO TEMPO DESTINADO À PROPAGANDA ELEITORAL GRATUITA NO RÁDIO E NA TELEVISÃO. LEI 12.875/2013. TEORIA DOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS. ARRANJO CONSTITUCIONAL PÁTRIO CONFERIU AO STF A ÚLTIMA PALAVRA PROVISÓRIA (VIÉS FORMAL) ACERCA DAS CONTROVÉRSIAS CONSTITUCIONAIS. AUSÊNCIA DE SUPREMACIA JUDICIAL EM SENTIDO MATERIAL. JUSTIFICATIVAS DESCRITIVAS E NORMATIVAS. PRECEDENTES DA CORTE CHANCELANDO REVERSÕES JURISPRUDENCIAIS (ANÁLISE DESCRITIVA). AUSÊNCIA DE INSTITUIÇÃO QUE DETENHA O MONOPÓLIO DO SENTIDO E DO ALCANCE DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS. RECONHECIMENTO PRIMAFACIE DE SUPERAÇÃO LEGISLATIVA DA JURISPRUDÊNCIA PELO CONSTITUINTE REFORMADOR OU PELO LEGISLADOR ORDINÁRIO. POSSIBILIDADE DE AS INSTÂNCIAS POLÍTICAS AUTOCORRIGIREM-SE. NECESSIDADE DE A CORTE ENFRENTAR A DISCUSSÃO JURÍDICA SUBJUDICE À LUZ DE NOVOS FUNDAMENTOS. PLURALISMO DOS INTÉRPRETES DA LEI FUNDAMENTAL. DIREITO CONSTITUCIONAL FORA DAS CORTES. ESTÍMULO À ADOÇÃO DE POSTURAS RESPONSÁVEIS PELOS LEGISLADORES. STANDARDS DE ATUAÇÃO DA CORTE. EMENDAS CONSTITUCIONAIS DESAFIADORAS DA JURISPRUDÊNCIA RECLAMAM MAIOR DEFERÊNCIA POR PARTE DO TRIBUNAL, **PODENDO SER INVALIDADAS SOMENTE NAS HIPÓTESES DE ULTRAJE AOS LIMITES INSCULPIDOS NO ART. 60, CRFB/1988**. LEIS ORDINÁRIAS QUE COLIDAM FRONTALMENTE COM A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE (LEIS INYOURFACE) NASCEM COM PRESUNÇÃO IURISTANTUM DE INCONSTITUCIONALIDADE, NOTADAMENTE QUANDO A DECISÃO SE ANCORAR EM CLÁUSULAS SUPERCONSTITUCIONAIS (CLÁUSULAS PÉTREAS). ESCRUTÍNIO MAIS RIGOROSO DE CONSTITUCIONALIDADE. ÔNUS IMPOSTO AO LEGISLADOR PARA DEMONSTRAR A NECESSIDADE DE CORREÇÃO DO PRECEDENTE OU QUE OS PRESSUPOSTOS FÁTICOS E AXIOLÓGICOS QUE LASTREARAM O POSICIONAMENTO NÃO MAIS SUBSISTEM (HIPÓTESE DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PELA VIA LEGISLATIVA). 1. **O hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções juriscêntricas no campo da hermenêutica constitucional**, na medida em que preconiza, descritiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes. 2. **O princípio fundamental da separação de poderes, enquanto cânone constitucional interpretativo, reclama a pluralização dos intérpretes da Constituição, mediante a atuação coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano**, em que cada um destes players contribua, com suas capacidades específicas, no embate dialógico, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional e no aperfeiçoamento das instituições democráticas, sem se arvorarem como intérpretes únicos e exclusivos da Carta da República. 3. **O desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material** (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como última palavra provisória, vinculando formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional. 4. Os efeitos vinculantes, ínsitos às decisões proferidas em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, não atingem o Poder Legislativo, ex vi do art. 102, § 2º, e art. 103-A, ambos da Carta da República. 5. Consectariamente, **a reversão legislativa da jurisprudência da Corte se revela legítima em linha de princípio, seja pela atuação do constituinte reformador (i.e., promulgação de emendas constitucionais), seja por inovação do legislador infraconstitucional (i.e., edição de leis ordinárias e complementares), circunstância que demanda providências distintas por parte deste Supremo Tribunal Federal**. 5.1. A emenda constitucional corretiva da jurisprudência modifica formalmente o texto magno, bem como o fundamento de validade último da legislação ordinária, razão pela qual a sua invalidação deve ocorrer nas hipóteses de descumprimento do art. 60 da CRFB/1988 (i.e., limites formais, circunstanciais, temporais e materiais), encampando, neste particular, exegese estrita das cláusulas superconstitucionais. 5.2. A legislação infraconstitucional que colida frontalmente com a jurisprudência (leis in your face) nasce com presunção iuris tantum de inconstitucionalidade, de forma que caberá ao legislador ordinário o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente faz-se necessária, ou, ainda, comprovar, lançando mão de novos argumentos, que as premissas fáticas e axiológicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial não mais subsistem, em exemplo acadêmico de mutação constitucional pela via legislativa. Nesse caso, a novel legislação se

submete a um escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso, nomeadamente quando o precedente superado amparar-se em cláusulas pétreas.

6. O dever de fundamentação das decisões judiciais, inserto no art. 93, IX, da Constituição, impõe que o Supremo Tribunal Federal enfrente novamente a questão de fundo anteriormente equacionada sempre que o legislador lançar mão de novos fundamentos.7. O Congresso Nacional, no caso sub examine, ao editar a Lei 12.875/2013, não apresentou, em suas justificações, qualquer argumentação idônea a superar os fundamentos assentados pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADI 4.430 e 4.795, rel. min. Dias Toffoli, em que restou consignado que o art. 17 da Constituição de 1988 – que consagra o direito político fundamental da liberdade de criação de partidos – tutela, de igual modo, as agremiações que tenham representação no Congresso Nacional, sendo irrelevante perquirir se está representatividade resulta, ou não, da criação de nova legenda no curso da legislatura.8. A criação de novos partidos, como hipótese caracterizadora de justa causa para as migrações partidárias, somada ao direito constitucional de livre criação de novas legendas, impõe a conclusão inescapável de que é defeso privar as prerrogativas inerentes à representatividade política do parlamentar trânsfuga.9. No caso sub examine, a justificação do projeto de lei limitou-se a afirmar, em termos genéricos, que a regulamentação da matéria, excluindo dos partidos criados o direito de antena e o fundo partidário, fortaleceria as agremiações partidárias, sem enfrentar os densos fundamentos aduzidos pelo voto do relator e corroborado pelo Plenário.10. **A postura particularista do Supremo Tribunal Federal, no exercício da judicial review, é medida que se impõe nas hipóteses de salvaguarda das condições de funcionamento das instituições democráticas,** de sorte (i) a corrigir as patologias que desvirtuem o sistema representativo, máxime quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política, e (ii) a proteger os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontram eco nas deliberações majoritárias.11. In casu, é inobjetável que, com as restrições previstas na Lei 12.875/2013, há uma tentativa obtusa de inviabilizar o funcionamento e o desenvolvimento das novas agremiações, sob o rótulo falacioso de fortalecer os partidos políticos. Uma coisa é criar mecanismos mais rigorosos de criação, fusão e incorporação dos partidos, o que, a meu juízo, encontra assento constitucional. Algo bastante distinto é, uma vez criadas as legendas, formular mecanismos normativos que dificultem seu funcionamento, o que não encontra guarida na Lei Maior. Justamente por isso, torna-se legítima a atuação do Supremo Tribunal Federal, no intuito de impedir a obstrução dos canais de participação política e, por via de consequência, fiscalizar os pressupostos ao adequado funcionamento da democracia.12. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 1º e 2º, da Lei 12.875/2013. (BRASIL, 2015)

Percebemos então na decisão em estudo, a tentativa de limitação à mutação (in)constitucional, a exemplo podemos citar: A) Impossibilidade de concepções juriscêntricas no campo da hermenêutica constitucional, evitando que o judiciário seja a única voz da interpretação constitucional, isso ocasionaria um colapso democrático, já que o poder teria uma concentração consideravelmente maior residindo em um dos Poderes; B) Pluralidade de intérpretes, em respeito ao princípio constitucional da separação dos poderes, a interpretação constitucional deve ser realizada por todos os poderes, inclusive pela população, situação em que está em tese no presente estudo, potencializando a participação direta do povo nas decisões fundamentais; C) Respeito ao desenho institucional desenhado pelo constituinte originário, em momento algum o constituinte originário deferiu mais poderes para uma instituição e menos para outra, inclusive a constituição federal deixa claro o sentido de igualdade quando leciona que os Poderes são independentes e harmônicos entre si; D) Dever de fundamentação das decisões, evitando decisões arbitrárias, com excesso de poder e conseqüentemente atropelando a esfera de atuação de outros poderes da república. Araujo (2018), faz uma interessante reflexão acerca da fundamentação jurídica, lecionado que

A fundamentação de uma decisão judicial é vinculada pela existência de uma comunidade

que reconhece e adere às regras disciplinadoras usadas pelo intérprete e que é definida pelo reconhecimento daquelas regras. Uma objetividade vinculada é a única forma de objetividade à qual a lei – ou qualquer atividade interpretativa – pode aspirar e a única sobre a qual devemos nos preocupar.

A ambivalência do ativismo judicial: um mal necessário?

O Ativismo judicial é uma postura ativa de juízes e tribunais, que observando inconsistências sociais no âmbito da atuação dos Poderes, acabam por interferir de forma proativa na resolução do problema posto, no entanto essa atuação pode transbordar em lesões ao regime democrático. Com a inteligência de Barroso (2017), o citado termo

É uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial. Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora –, a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, nem sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios. (BARROSO, 2017)

O ativismo judicial ocorre quando o Poder Judiciário toma decisões que interferem no que em regra seria atribuição constitucional de outros Poderes, no entanto com o advento do neoconstitucionalismo, o Poder Judiciário deixa de ser um mero espectador e aplicador da letra fria da lei, se tornando um Poder competente para fazer a constituição atingir as finalidades sociais, dando efetividade às normas e princípios postos na carta constitucional.

Nesse sentido, Ramos (2015), ensina com brilhantismo que o Direito tem por objeto normas disciplinadoras do agir humano, repele o vazio, pois na ausência de um modelo aglutinador do conhecimento jurídico interfere no próprio desempenho das normas estudadas. Dessa forma, “superado” o positivismo, a Dogmática Constitucional se assenta no “pós-positivismo”, entendido como a designação provisória e genérica de um ideário difuso, incluindo relações entre valores, princípios e regras, fenômeno esse denominado nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais.

O Poder Judiciário vive um dilema, pois sabemos que a implementação de políticas públicas inerentes à garantia de direitos fundamentais no Brasil, a exemplo da saúde, segurança, educação, são no mínimo ineficientes, destoando a realidade dos fins pretendidos pelo legislador constituinte. O poder de legislar em regra é do Poder Legislativo e o de executar políticas públicas em regra é do Poder Executivo, mas diante da negligência dos citados Poderes/funções em cumprir os fins sociais, o Poder Judiciário será um mero espectador ou deverá adotar uma postura ativa na direção da efetividade de direitos?

Com muita sabedoria, Cunha Júnior (2020), leciona que

O poder político, como fenômeno sociocultural, é uno e indivisível, uma vez que aquela “capacidade de impor”, decorrente do seu conceito, não pode ser fracionada, embora

realidade única, ele manifesta-se por meio de funções, que são, fundamentalmente, de três ordens, a saber: a executiva, a legislativa e a judiciária. Essas funções, por muito tempo, estiveram concentradas junto a determinado organismo estatal. O fenômeno da separação dos Poderes não é senão o fenômeno da separação das funções estatais, que consiste na forma clássica de expressar a necessidade de distribuir e controlar o exercício do Poder político entre distintos órgãos do Estado.

Na prática, visualizamos muita disputa de “egos” entre os Poderes estatais, o fim do Estado é a felicidade do seu povo, para isso se faz necessário uma maior parceria e harmonia entre os Poderes instituídos para a realização das finalidades impostas na constituição federal. O Poder é uno, dividido em funções (executiva, legislativa e judicial), para atuar em prol de finalidades em comum.

Interessante observar que no Brasil, vivemos em um período de divisão de Poderes em sentido de separação total, isso em um momento de tamanha instabilidade devido à pandemia do coronavírus acaba por ser extremamente negativo para atingir os fins sociais propostos na carta magna. A pandemia não ocasiona apenas uma instabilidade na saúde, vai muito além, atingindo, de forma reflexa, todos os parâmetros necessários ao bem-estar social. Isso exige dos Poderes uma postura ativa, porém articulada.

Diante dos acontecimentos recentes, podemos visualizar de forma constante o Poder Judiciário e o Poder Legislativo indo de encontro a decisões do Poder Executivo, isso gera a discussão acerca do ativismo judicial e da invasão de um Poder em outro. Seria isso fiel aos ditames princípio lógicos da democracia brasileira?

Usando a inteligência de Dirley da Cunha (2020), chegamos à conclusão de que os poderes podem, sem usurpar a função do outro, impedir que os demais abusem de suas funções. Tendo cada Poder a faculdade de estatuir sobre assuntos afetos à suas funções, ou seja, tem o direito de corrigir o que foi ordenado por outro Poder, com o fim de garantir o equilíbrio constitucional das funções estatais.

O que percebemos é que, em muitas vezes, determinado Poder deixa evidenciar extrema ineficiência na garantia de determinados direitos, e por obviedade essa ineficiência parte, na maioria das vezes do poder executivo, justamente por ter a função de executar políticas públicas. Por outro lado, temos uma constituição extremamente garantista, tutelando diversos direitos dos cidadãos, e um Supremo Tribunal Federal que tem a função de ser o guardião da constituição, devendo garantir o fiel cumprimento da mesma.

Então, insistindo no questionamento, diante da ineficiência do Poder Executivo implementar políticas públicas voltadas à garantia de direitos tutelados na constituição federal, de o Poder Judiciário permanecer inerte, sob o fundamento do ativismo judicial? De acordo com Sales et al. (2018),

Realizar modificações na interpretação de um texto constitucional, sem estar atento ao que consta literalmente nos dispositivos, embora justificado nas recorrentes mudanças sociais, acarreta uma situação de insegurança jurídica. No caso da mutação por interpretação por meio da atuação dos órgãos jurisdicionais, é recorrente notar um ativismo judicial exacerbado, que invade a esfera de competência do Poder Legislativo. Diante disso, nota-se que a mutação constitucional pode ocasionar uma quebra do sistema constitucional, ao colocar em risco o princípio da separação dos poderes.

De um lado temos a possibilidade de ofensa à separação de poderes, noutra a possibilidade de criar um caos social por inefetividade de um determinado Poder, creio que a resposta para essa questão é debatida de forma inteligente durante o julgamento da ADPF 347, onde foi reconhecido o Estado de Coisas

Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, dando margem ao STF de adotar uma postura ativa na resolução do problema, no entanto, tendo como premissa uma atuação dialógica, quando há participação dos Poderes de forma conjunta, reforçando a ideia de um Poder uno, dividido em funções harmônicas. De acordo com Campos (2016):

A declaração do ECI e os remédios estruturais, que seguem à decisão dessa natureza, revelam ativismo judicial de dimensão predominantemente estrutural. Isso não significa, todavia, que seja aprioristicamente ilegítimo. Sem embargo, apenas o ativismo judicial antidialógico pode ser considerado ilegítimo *a priori*. Com isso, a ideia de diálogos institucionais é uma boa resposta às objeções de ordem democrática e institucional contra a expansão de poder por juízes e cortes. O ativismo judicial estrutural, presente na declaração do ECI, pode ser considerado legítimo se, além de observarem-se os seus pressupostos, permitir ou catalisar o diálogo entre os poderes e destes com a sociedade.

O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, juntamente com a “imposição de medidas” a serem adotados pelos gestores públicos, foram duramente criticadas por parte da doutrina, sob a alegação de ser claro ativismo judicial. Porém foi uma tese necessária a observância de graves lesões, por ação e/ou omissão do Estado a garantias fundamentais expressas na constituição federal. Nesse sentido leciona Carlos Alexandre de Azevedo (2016, p.95),

O descumprimento do dever de legislar ou de expedir normas regulamentadoras decorreria da inércia dos poderes políticos, máxime o legislador, em criar as condições necessárias para o gozo efetivo dos direitos fundamentais, ou em deixar de afastar ou minimizar os obstáculos reais, as limitações fáticas que impeçam a fruição desses direitos, e isso independentemente da tipologia ou especificidade dos enunciados constitucionais.

No Brasil podemos vislumbrar omissões estatais graves referentes a diversos direitos fundamentais básicos, a exemplo da decadência do sistema de saúde e da ineficiência do sistema educacional. O debate em tela é de suma importância para entendermos a complexidade da atuação jurisdicional no que concerne à garantia dos ditames constitucionais mais fundamentais ao cidadão.

O problema reside na esfera da extrapolação e usurpação de funções de outros poderes de forma autoritária, e ainda, em muitas das vezes, gerando uma insatisfação da população, que ocasiona reações populares fortes que acabam por acionar os outros Poderes em torno de uma reversão dessas decisões, causando assim o Efeito Backlash.

O efeito backlash

Atualmente podemos vislumbrar diversos casos que sofreram o Efeito Backlash na jurisdição constitucional. Talvez esse fenômeno ocorra devido à maior divulgação de informações que são publicadas em redes sociais, fazendo com que a população tenha acesso imediato a decisões dos órgãos judiciais, medidas provisórias editadas pelo chefe do executivo e também a leis e projetos de leis advindos do Poder Legislativo. Não raras vezes o povo não se contenta com o teor do que vem a ser decidido e acaba por pressionar que a decisão seja revogada. Segundo Marinho et al. (2018)

Há um desacordo na interpretação constitucional, que se manifesta como reação da sociedade contrariamente à uma decisão judicial compreendida como inautêntica. Trata-se de ideia relacionada à noção de constitucionalismo democrático, segundo a qual a autoridade da Constituição transita, necessariamente, pela capacidade desta de inspirar e

influenciar os cidadãos a reconhecê-la enquanto Constituição, de sua legitimidade democrática.

O Efeito Backlash é uma manifestação da democracia direta que é exercido pelo titular do poder, o povo, influenciando decisões e através disso eleger representantes que assumam o compromisso de editar normas voltadas ao clamor popular.

(1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim do processo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão. (MARMELESTEIN, 2016, citado por PERALTA, 2018)

Em seguida veremos alguns casos em que foi possível observar o citado fenômeno, fazendo uma análise individualizada de cada um.

Casos que sofreram Efeito Backlash

ADI 4.983: Caso da (in)constitucionalidade da Vaquejada

Diante da edição da lei 15.299/2013, originária do Estado do Ceará, e que regulamentava a prática da vaquejada, houve um debate sobre a constitucionalidade da mesma, visto que os argumentos residiam justamente na questão relacionada aos maus-tratos intrínsecos sofridos pelos animais, o que seria incompatível com a proteção ambiental tutelada na legislação brasileira. E assim decidiu o STF, acabando por criminalizar essa prática, proibindo-a em todo território nacional. Isso gerou uma forte reação social, um inconformismo, visto que em muitos lugares essa prática faz parte da tradição de um povo, é uma prática cultural, desta forma, também fazendo parte do meio ambiente cultural e merecendo tutela protetiva. Percebe-se um conflito de interesses salutar, mas o debate a ser feito no presente estudo se relaciona a atuação do STF, se houve ou não invasão na esfera legislativa.

Houve uma reação popular muito forte, pois a prática da vaquejada é muito impactante para determinadas regiões do Brasil, inclusive sendo uma fonte de renda considerável. Isso foi fundamental para a reversão da decisão do STF pelo Congresso Nacional, que acabou por incluir o §7º ao artigo 225 da Constituição Federal:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam

manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

Diante da edição de norma permissiva por parte do Congresso Nacional, houve uma amistosa aceitação por parte dos Poderes, o que era de se esperar, já que seria o mais fiel cumprimento dos ditames de uma sociedade democrática, respeitando a legitimidade popular dos legisladores derivados. Marinho et al. (2018) diz que “a participação efetiva dos destinatários da norma se revela como uma condição de validade, pois que democratiza o procedimento a partir da contribuição discursiva de todos os interessados”.

O caso da proibição da vaquejada é um excelente exemplo do Efeito Backlash, mostrando uma clara manifestação reativa por parte do povo e do Poder Legislativo, contra uma decisão do STF.

ADI 4.277 e ADPF 132: O reconhecimento da União Estável para pessoas do mesmo sexo

A decisão em debate refere-se ao reconhecimento da união estável de pessoas do mesmo sexo, um tema extremamente polêmico, porém à luz dos princípios constitucionais, de fácil resolução, uma vez que não há colisão entre garantias fundamentais e decidindo o Supremo Tribunal Federal pela aceitação e reconhecimento do casamento homoafetivo. De acordo com Coitinho Filho et al. (2018),

Sob o “manto” da proteção da Constituição e da verificação da constitucionalidade da lei, o judiciário vem ganhado destaque. Ao mesmo tempo, tornou-se objeto de grandes controvérsias políticas, como pode ser notado no próprio objeto de análise deste trabalho: o reconhecimento das “uniões homoafetivas” de forma equiparada às “uniões estáveis”.

A complexidade da causa reside mais na legitimidade decisória do STF, do que propriamente no teor da decisão. Enquanto o Poder Legislativo se ocultava para não discutir o tema em destaque, pois por ser polêmico, envolve uma questão política e religiosa muito forte. De acordo com Coitinho Filho et al. (2018), “o espaço público brasileiro tem se transformado em palco de controvérsias entre agentes laicos defensores dos direitos humanos e grupos religiosos, principalmente evangélicos e católicos”.

A Suprema Corte foi chamada e teve que fazer uma interpretação conforme a Constituição. Surge então uma mutação constitucional do artigo 226, §3º da Constituição Federal, com consequente modificação interpretativa do artigo 1723 do Código Civil, dando uma interpretação diversa da do que está disposto gramaticalmente no texto da lei, reconhecendo a união estável homoafetiva como entidade familiar.

Diante de normas plurissignificativas ou polissêmicas (que possuem mais de uma interpretação), deve-se preferir a exegese que mais se aproxime da Constituição e, portanto, que não seja contrária ao texto constitucional, daí surgirem várias dimensões a serem consideradas, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência, destacando-se que a interpretação conforme será implementada pelo Judiciário e, em última instância, de maneira final, pela Suprema Corte. (LENZA, 2019)

Ocorre que a decisão em tela gerou insatisfação de parte da população, principalmente da ala religiosa, o que pressionou grupos políticos a atuarem para desconstituírem a decisão do STF, assim houve a tentativa de reversão através do Estatuto da Família. Segundo Marmelstein (2016),

No contexto brasileiro, o debate sobre os direitos dos homossexuais também é enriquecedor para compreender o fenômeno. Diante de um sistema jurídico excludente, o discurso de intolerância costuma ser dissimulado, já que o status quo é conveniente ao pensamento reacionário. Ou seja, a discriminação é praticada “com discrição”, inclusive de forma oficial e institucionalizada, de modo que o preconceito fica latente, oculto e

submerso na hipocrisia de alguns membros da sociedade. Nesse caso, como a situação é cômoda para aqueles que não fazem parte do grupo oprimido, não há como dimensionar a força numérica do conservadorismo.

Foi visível a presença do Efeito Backlash no caso em debate, porém nesse caso não houve a reversão da decisão do Supremo Tribunal Federal, prevalecendo a possibilidade do casamento homoafetivo. Porém, como ressalta Coitinho Filho et al. (2018), até hoje a discussão não foi retomada pelos Poderes Legislativo e Executivo, a morosidade e o silêncio dos Poderes reflete a rejeição da ampliação da cidadania das pessoas LGBTs.

ADO 26 e MI 4733: Criminalização da homofobia e da transfobia

Decisão relativamente recente, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 e do Mandado de Injunção 4733, o Supremo Tribunal Federal decidiu por criminalizar a homofobia e a transfobia, equiparando ao crime de racismo.

Em parte desses autos judiciais relativos a controvérsias públicas de gênero e de sexualidade, portanto, minorias constituem condição de possibilidade para a ação dos ministros do STF. Inclusive para as disputas que os ministros travam em nome dessas minorias e sobre sua identidade, arquitetando-a mais ou menos sexualizada ou afetualizada, mais ou menos conformável a convenções morais, mais ou menos delimitável. (VIEIRA et al., 2020)

Não adentrando no mérito da decisão, pois nada mais justo que a total proteção à dignidade das pessoas pertencentes ao grupo LGBT, e como consequência o uso de ferramentas que visem repelir qualquer tipo de conduta discriminatória, porém o objeto do debate é outro, é sobre a legitimidade do STF para a tomada dessa decisão. Segundo Alves Junior (2015),

Nenhum ramo do Poder do Estado pode se sobrepor aos demais a ponto de gerar um desequilíbrio estatal, assim como nenhuma classe ou setor da sociedade pode se sobrepor demasiadamente em relação às outras classes ou setores, sob o risco de criar um desequilíbrio social. A razão principal do Estado é tornar a sociedade equilibrada. Para isso, o próprio Estado deve ser equilibrado. E o princípio instrumento de garantia do equilíbrio das forças normativas e políticas do Estado se dá com a separação dos Poderes, como bem capturado pelos “Federalistas” norte-americanos.

A citada decisão é bastante controversa, não pelo fato da criminalização da LGBTfobia, mas por ter sido feita pelo Poder Judiciário, invadindo uma competência que seria do Poder Legislativo, ocorrendo mais um excesso institucional do STF, gerando um desequilíbrio entre os Poderes da República.

No curso desse vácuo legislativo, o terceiro poder, o Judiciário, quando chamado a se pronunciar sobre os mais diversos temas, na ausência de norma específica, seja através da hermenêutica, ou da reinterpretação atualizada aos novos fatos e tempos, estabelece a jurisprudência e, em o fazendo, por vezes, segundo alguns, também avança sobre o domínio exclusivo do Legislativo. Em que pese estar à busca de soluções para as divergências que lhe são demandadas, o Judiciário acaba por reafirmar os desvios e a troca de papéis já identificada entre o Executivo e o Legislativo. Como esperado, esse avanço também provoca atritos e reações, registrando-se acusações recíprocas: o Judiciário afirmando a omissão legislativa e o conseqüente débito do Legislativo junto à sociedade, e este, de aquele agir com ativismo, quando não com pretensões políticas, argumento reforçado pelo fato de alguns magistrados, ao se aproximarem da aposentadoria compulsória, manifestarem pretensões políticas, por nomeação ou indicação, inclusive no caso de egressos da suprema corte. (PINHEIRO et al., 2011)

Os ministros do Supremo utilizaram de estratégia semelhante ao que foi feito para garantir o direito

de greve dos servidores públicos, quando a suprema corte reconheceu a mora e a omissão legislativa e aplicou o regramento do direito de greve dos trabalhadores da iniciativa privada. No entanto a decisão por criminalizar a homofobia e a transfobia se torna mais complexa por envolver direito penal, que tem como uma das premissas fundamentais o princípio da legalidade e a proibição da analogia *in malam partem*. De acordo com o mestre Bitencourt (2019),

Os Estados Democráticos de Direito não podem conviver com diplomas legais que, de alguma forma, violem o princípio da reserva legal. Assim, é inadmissível que dela resulte a definição de novos crimes ou de novas penas ou, de qualquer modo, se agrave a situação do indivíduo. Dessa forma, as normas penais não incriminadoras, que não são alcançadas pelo princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*, podem perfeitamente ter suas lacunas integradas ou complementadas pela analogia, desde que, em hipótese alguma, agravem a situação do infrator.

O Efeito Backlash dessa decisão do STF parte de uma grande população conservadora do nosso país, na maioria das vezes motivada não por motivos jurídicos, mas por motivos religiosos. Esse clamor popular fez com que congressistas da ala conservadora e religiosa agissem para esgotar o efeito da decisão, através de projetos de lei e decretos legislativos.

“Fica evidente a resistência das propostas legislativas que visam o enfrentamento criminal da LGBTIfobia, articulada especialmente por setores que se utilizam de razões religiosas para que não ocorra um debate democrático” (BORRILLO, 2018).

ADPF 442: a legalização do aborto de até o terceiro mês da gestação

Tema bastante atual, o debate jurídico em torno da possibilidade de aborto até o terceiro mês de gestação, vem ganhando grande repercussão a nível nacional. Mais uma vez ressaltamos que o intuito do presente trabalho não é debater acerca do mérito da questão, apesar de ser um tema extremamente interessante, no entanto objetiva-se a análise do Efeito Backlash sobre decisões jurisdicionais e o exame acerca do possível ativismo judicial na referida decisão.

A ADPF 442 foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), o intuito é excluir a incidência no crime de aborto, a interrupção voluntária da gestação até a décima segunda semana. A primeira turma do STF já julgou, em um caso concreto, no sentido da descriminalização do aborto. De acordo com Pereira (2019), a referida ADPF se fundamenta principalmente em direitos fundamentais inerentes às mulheres, ligados à cidadania e à dignidade da pessoa humana. Pois a criminalização do abortamento obrigaria as mulheres a recorrerem a procedimentos pouco seguros, colocando suas vidas em risco, principalmente em casos de mulheres pobres. Desta forma ferindo direitos fundamentais, a exemplo do direito à vida e à igualdade, citando ainda os danos físicos e psicológicos provenientes desta proibição.

O pleno do Supremo Tribunal Federal, desde então, faz debates com a sociedade, através de audiências públicas para pacificar o assunto. Porém, mais uma vez se discute a questão do ativismo judicial. Na prática o STF seria o guardião ou o “dono” da Constituição Federal?

Assim, diante da demora ou ausência de atitude legislativa do Poder legitimado, o Judiciário, ao constatar o grave problema de saúde pública e a frequente violação de direitos fundamentais, acaba por adotar postura ativa ao decidir sobre questões de cunho político, de implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controversos na

sociedade, ainda que em sede criminal, interpretando-as conforme a norma constitucional e os princípios democráticos. Essa atuação criativa do Supremo é denominada de ativismo judicial. (SENTONE, 2019)

O julgamento desse caso deixa transparecer uma postura proativa do Poder Judiciário, porém esse assunto poderia perfeitamente ser trabalhado no congresso nacional, Poder gabaritado para discutir e aprovar disposições legais no que se refere ao direito penal.

O debate sobre o tema em questão sofre o Efeito Backlash em duas frentes, a primeira no que se refere ao “roubo de competência” e a segunda referente a pressão de uma parcela mais tradicional da sociedade, principalmente ligadas a instituições religiosas. Apesar da laicidade do Estado, bases religiosas ainda têm o papel de destaque na sociedade brasileira, e a pressão dessa população é influente.

Quanto maior a hegemonia religiosa em uma comunidade, mais desafiador se torna transformar esse debate de antagônico a agonístico. Na última constituinte brasileira, apesar da afirmação da laicidade do Estado e de uma série de direitos de igualdade, a hegemonia foi suficiente para barrar que previsões sobre saúde reprodutiva fossem inseridas diretamente no texto constitucional. (LOUZADA, 2020)

No que tange à quebra de repartição de competência, um grupo de senadores se mobilizaram e editaram Projetos de Lei e Propostas de Emenda à Constituição, a exemplo da PEC da Vida, visando “contragolpear” decisões permissivas do Poder Judiciário. Entidades religiosas também pressionam pela não permissividade do abortamento, alegando principalmente a existência de vida do feto.

O tema em debate ainda não foi decidido, há um debate entre instituições com a finalidade da resolução de feito da melhor forma, possivelmente teremos essa decisão pacificada em um futuro breve.

O debate em torno da prisão em segunda instância

A discussão acerca da possibilidade da prisão em segunda instância ou somente após o trânsito em julgado vem tomando dimensões cada vez mais midiáticas e contraditórias, isso devido ao fato de mudanças constantes de entendimento por parte do Supremo Tribunal Federal, deixando a impressão de que a Constituição Federal pode ser modelada ao bel prazer dos ministros.

A tarefa de desvendar ou atribuir sentido e promover a adequada aplicabilidade aos princípios não é das mais fáceis. Muitas vezes, o intérprete constitucional é obrigado a ser demasiadamente criativo na tentativa de dar aplicabilidade plena aos princípios constitucionais. Essa “atividade criativa” dos magistrados muitas vezes redundando no chamado ativismo judicial, entendido esse como uma extrapolação da atividade judicial típica, tal como prevista originalmente na constituição. Ou seja, no afã de dar sentido a normas jurídicas demasiadamente abstratas, e de concretizar os direitos fundamentais previstos no ordenamento constitucional, o magistrado, em algumas ocasiões, acaba ultrapassando a função jurisdicional e invadindo a seara pertencente às funções legiferante e administrativa. (RÊGO, 2018)

Apesar do debate não ser novo, ganhou visibilidade na época da prisão do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, quando foi condenado em segunda instância e começou a cumprir a pena de forma definitiva, pouco depois o STF mudou o posicionamento e ocasionou a soltura de diversos presos sem trânsito em julgado pelo Brasil. Essas constantes mudanças de posicionamento sobre uma única matéria causam insegurança jurídica e deixa impressão de que no Brasil não se julga fatos e sim pessoas.

Mesmo entre os juristas, ao lado de critérios como “não deferência ao legislativo” e

“inovação na ordem jurídica”, há uma impressão de que ativismo é sinônimo de uma atitude “indesejada”, ainda quando não se tenha precisa ideia dos parâmetros sob os quais um pronunciamento judicial é “inadequado”. O rótulo ativismo, portanto, pecaria pelo mesmo defeito que pretende criticar em sua dimensão política ou ideológica: seria uma definição voltada aos resultados almejados pelo crítico, e não instrumento de objetiva avaliação. Em verdade, a relação entre ideologia política e crítica judicial apresenta-se com um dos grandes obstáculos à cientificidade do debate sobre ativismo e remete a um problema importante na Teoria do Direito: a influência das preferências individuais nas concepções jurídicas. (LIMA, 2013)

A matéria em questão sofre Efeito Backlash, principalmente devido aos laços estreitos com o sentimento anticorrupção que tomou conta da opinião popular nos últimos anos, se evidenciando através de manifestações populares, inclusive com evidente influência nas eleições. Essa pressão popular fez com que congressistas se movimentassem no sentido de pacificar a matéria, no entanto é um tema sensível e divide opiniões dentro do congresso. Segundo Peralta (2018),

Caso a Suprema Corte volte a analisar o tema e reveja o entendimento, este será mais um exemplo do efeito backlash em nosso ordenamento, na medida em que uma decisão mais progressista do STF, no sentido de combater a corrupção, bem como os mecanismos para que se atinja a prescrição da pretensão punitiva estatal, ensejou uma reação muito forte de um grupo conservador, capaz de alterar o entendimento e retornar ao status quo ante.

Interessante ressaltar que a matéria em questão sofreu Efeito Backlash por diversas vezes em decisões conflitantes, tanto é que os ministros do STF já mudaram de entendimento por quatro vezes.

A corte age estrategicamente tentando evitar um esperado efeito backlash de sua manifestação se socorrendo da própria jurisprudência para se declarar atada a um dever de consistência no tempo para não ter que tomar decisões politicamente polêmicas⁸⁸. No segundo, o agir estratégico pode ser individual e explicado, por exemplo, pela dinâmica de funcionamento da própria corte e pela pouca influência do voto dissidente sobre a cadeia de precedentes que se forma com a decisão passada e o julgamento do caso atual⁸⁹. Essas são apenas hipóteses não exaustivas para sustentar o argumento geral de que a observância de um precedente não é necessariamente convergente com a posição substantiva que um ministro pode ter sobre a questão jurídica especificamente sob discussão, e tampouco que ela está sustentada pelas razões de fundo que justificam a aplicação de um precedente com o qual se discorde, como a igualdade, a segurança, a eficiência, a transparência, a previsibilidade ou a estabilidade do direito⁹⁰. Ministros podem estar convencidos da necessidade de reversão de um precedente ou terem interesses em fazê-lo, mas podem optar por, ainda assim, aplicá-lo por razões que não são propriamente jurídicas, estejam elas relacionadas ao próprio caso atual ou ao impacto do julgado sobre a solução de outros problemas com ele relacionados. (LEAL, 2020)

Tramita na câmara dos deputados uma proposta de emenda à constituição que visa pacificar a matéria em torno da possibilidade do cumprimento da pena privativa de liberdade após o julgamento em segunda instância pelos tribunais de justiça dos Estados e pelos tribunais regionais federais, trata-se da PEC 199/19, que sofre críticas de quem defende a prevalência constitucional do princípio da presunção de inocência.

CONCLUSÕES

No transcorrer do presente estudo foi possível perceber um contexto demasiadamente complexo inerente a temas que precisam ser aprofundados e debatidos no âmbito dos diversos ramos do Direito.

O contexto histórico relacionado ao desenvolvimento da jurisdição constitucional é bem

esclarecedor quando aponta a sequência lógica e os fatos que desencadearam a necessidade de se formar um Poder apto e discutir as questões constitucionais e servir de garantidor dessas normas fundamentais a todo Estado Democrático de Direito.

A mutação constitucional é um instituto bastante usado na jurisdição constitucional brasileira, é de fundamental importância essa ferramenta para que seja possível moldar a Constituição à evolução social, importante frisar que a nossa Constituição é rígida, exigindo formalidades mais severas para a mudança por meio do Legislativo. No entanto, ao mesmo tempo esse instituto é muito perigoso à democracia, podendo o seu uso indiscriminado lesar a separação dos poderes, assim é fundamental pôr limites ao realizar as interpretações das normas, respeitando o campo de atuação dos outros poderes constituídos.

O presente trabalho trouxe interessantes debates acerca dos riscos do Ativismo Judicial, usando argumentos contrários e a favor do seu uso, pois de um lado existe a necessidade de se garantir o cumprimento das normas fundamentais, em outro temos a flagrante negligência dos Poderes constituídos no sentido de cumprir com a sua função executiva ou legislativa na direção da garantia desses direitos. Porém a situação é de extrema complexidade, pois o Ativismo Judicial tem a capacidade de combater uma lesão constitucional causando outra lesão, a fórmula para esse impasse seria uma ação coletiva entre os poderes, com ações dialógicas.

As decisões do Supremo Tribunal Federal, estão cada vez mais expostas à opinião popular, pois com o advento tecnológico, a publicidade das decisões torna as decisões judiciais cada vez mais passíveis de críticas. O Efeito Backlash surge da insatisfação popular perante determinadas decisões, e essa pressão popular estimula a reversão da decisão pelo próprio Poder Judiciário ou através dos outros Poderes, por exemplo, quando o Poder Legislativo aprova leis diametralmente contrárias à interpretação jurídica feita pelo Poder Judiciário. O citado fenômeno é muito importante para o fortalecimento democrático da sociedade, pois é uma manifestação direta da soberania popular.

REFERÊNCIAS

ALVES JUNIOR, L. C. M.. O ativismo judicial da “República togada” e o princípio da legalidade na “democracia parlamentar”: uma breve análise crítica acerca de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, sob as luzes da separação dos Poderes e da soberania popular, 27 *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, p.167-198, 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.il15-27.oajr>

ARAUJO, L. H. D.. O ativismo judicial e constrangimentos a posteriori. *Rev. Investig. Const.*, Curitiba, v.5, n.1, p.129-150, 2018. DOI: <http://doi.org/10.5380/rinc.v5i1.56088>

BARROSO, L. R.. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARROSO, L. R.. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BITENCOURT, C. R.. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 25

ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BORRILLO, D.. **Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer**. Porto Alegre: UFCSPA, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.105/DF**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 2015.

BULOS, U. L.. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAMPOS, C. A. A.. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.

COITINHO FILHO, R. A.; RINALDI, A. A.. O Supremo Tribunal Federal e a “união homoafetiva” Onde os direitos e as moralidades se cruzam. *Civitas, Rev. Ciênc. Soc.*, Porto Alegre, v.18, n.1, p.26-42, 2018.

CUNHA JUNIOR, D.. A Separação das Funções Estatais no Estado Democrático de Direito: a necessidade de uma revisão da teoria clássica da separação dos poderes. In: CUNHA, R. S.. **Atualidades do Direito**: obra em homenagem ao Professor Luiz Flávio Gomes. Salvador: JusPodivm, 2020.

FERRAZ, A. C. C.. **Processos Informais de Mudança da Constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. 2 ed. Osasco: EDIFIEO, 2015.

LEAL, F.. Força autoritativa, influência persuasiva ou qualquer coisa: o que é um precedente para o Supremo Tribunal Federal?. **Rev. Investig. Const.**, Curitiba, v.7, n.1, p.205-236, 2020. DOI: <https://doi.org/10.5380/rinc.v7i1.70888>

LENZA, P.. **Direito Constitucional Esquemático**. 23 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LIMA, F. D. S.. **Ativismo e Autocontenção no Supremo Tribunal Federal**: uma proposta de delimitação do debate. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

LOUZADA, G. R. R.. **Constitucionalismo Agonístico**: a questão do aborto no Brasil. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

MARINHO, R. F.; MARTINS, J. P.. Os Poderes Judiciário e Legislativo no Caso da Vaquejada: “efeito backlash”. **Revista Athenas**, Belo Horizonte, v.1, 2018.

MARMELSTEIN, G.. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional**: reações políticas ao ativismo judicial. Texto-base de palestra proferida durante o Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro. 2016.

PERALTA, T. J.. **Prisão em Segunda Instância e Efeito Backlash**. Rio de Janeiro: Escola de Magistratura do Rio de Janeiro, 2018.

PINHEIRO, I. A.; VIEIRA, L. J. M.; MOTTA, P. C. D.. Mandando Montesquieu às favas: o caso do não cumprimento dos preceitos constitucionais de independência dos três poderes da república. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, v.45, n.6, p.1733-1759, 2011. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-76122011000600006>

RAMOS, E. S.. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RÊGO, E. C.. **Superpoder judiciário**: O papel do controle de constitucionalidade na consolidação da juristocracia no Brasil. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018.

ROCHA, R. M. C. L.. **O modelo de Controle de Constitucionalidade no Brasil e a abstrativização dos efeitos das decisões tomadas em sede de controle difuso pelo STF**. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

SACCHETTO, T. C.. As mutações constitucionais no contexto brasileiro de crise da representação democrática. **e-Pública**, Lisboa, v.2, n.1, p.123-140, 2015.

SALES, T. S.; MARTINS, L. A. A.; ACÁCIO, I. T. F.. **As mutações constitucionais inconstitucionais e o “efeito backlash”**. Rio de Janeiro: UERJ, 2018.

SENTONE, A. T.. A Descriminalização do Aborto e o Ativismo Judicial: a proteção dos direitos fundamentais da mulher. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, Goiânia, v.5, n.1, p.1-21, 2019.

SILVA, J. A.. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIEIRA, A. D.; EFREM FILHO, R.. O rei está nu: gênero e sexualidade nas práticas e decisões no STF. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, v.11, n.2, p.1084-1136, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50699>

A CBPC – Companhia Brasileira de Produção Científica (CNPJ: 11.221.422/0001-03) detém os direitos materiais desta publicação. Os direitos referem-se à publicação do trabalho em qualquer parte do mundo, incluindo os direitos às renovações, expansões e disseminações da contribuição, bem como outros direitos subsidiários. Todos os trabalhos publicados eletronicamente poderão posteriormente ser publicados em coletâneas impressas sob coordenação da **Sapientiae Publishing**, da Companhia Brasileira de Produção Científica e seus parceiros autorizados. Os (as) autores (as) preservam os direitos autorais, mas não têm permissão para a publicação da contribuição em outro meio, impresso ou digital, em português ou em tradução.