

ATIVISMO JUDICIAL E EFEITO *BACKLASH*: REFLEXÃO SOBRE A TUTELA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE MINORIAS

JUDICIAL ACTIVISM AND BACKLASH EFFECT: REFLECTION ON THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF MINORITIES

| | |
|---------------------|------------|
| Recebido em: | 29/10/2023 |
| Aprovado em: | 02/11/2023 |

Alexandre de Souza Rocha ¹

Danilo Henrique Nunes ²

Fabiana Zacarias ³

RESUMO

¹ Advogado e especialista em Direito Constitucional.

² Centro Universitário Estácio de Ribeirão Preto e Centro Universitário Barão de Mauá de Ribeirão Preto. <https://orcid.org/0000-0001-9162-3606>

³ Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto ? UNAERP ? Ribeirão Preto/SP, linha de pesquisa: Proteção e Tutela dos Direitos Coletivos; 2016-2018, Aluno Bolsista CAPES- UNAERP Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Fundação Armando Álvares Penteado - FAAP - Ribeirão Preto/SP; Pós-Graduada Direito Penal e Processual Penal pela Fundação Eurípedes Soares da Rocha ? Marília/SP; Graduada pela Instituição Toledo de Ensino - ITE de Presidente Prudente/SP. Advogada inscrita na OAB/SP sob n.º 184.345. Membro da Comissão da Pessoa com Deficiência da 12.ª Subseção da OAB/SP (2016-2018) Membro do Conselho Municipal da Diversidade Sexual (2019-2020); (2023) Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/SP, OAB ? 12.ª Subseção (2019-2021 e 2022-2023). Membro do grupo de pesquisa Meios Alternativos e flexibilização da técnica processual na solução de conflitos coletivos em três linhas: Efetividade e Tutela Jurisdicional; Meios alternativos de solução de conflitos, Proteção e Tutela Jurisdicional dos Direitos Coletivos (2016-2018). Professora da Universidade Estadual de Minas Gerais - Unidade Passos/MG (2018-2018). Atualmente é Professora de Direito Penal, Direitos Humanos, Direito Constitucional e Ciência Política, do Centro Acadêmico Estácio de Sá de Ribeirão Preto/SP; Professora de Direito Penal, Constitucional, Direitos Difusos e Coletivos da Faculdade Reges de Ribeirão Preto (2022); Membro do Núcleo Docente Estruturante e Comitê de Pesquisa e Extensão do Centro Acadêmico Estácio de Sá de Ribeirão Preto/SP. Coordenadora das Atividades Acadêmicas Complementares (2018/2020). Focal ENADE do Curso de Direito do Centro Universitário Estácio de Ribeirão Preto/SP (2021-2022). Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) do Centro Universitário Estácio de Ribeirão Preto (2021) Membro do Corpo Editorial da Revista Científica Eletrônica (RCE), gestão 2022-2023, do Centro Universitário Estácio de Ribeirão Preto.

O trabalho investiga a importância do protagonismo do Poder Judiciário na concretização dos direitos das minorias, por meio da função contramajoritária, e os limites do ativismo judicial. Como também a participação do legislador na hermenêutica constitucional, fruto do efeito *backlash* e seus malefícios e benefícios na concretização dos direitos fundamentais das minorias. Logo, o presente trabalho tem escopo de apresentar a evolução histórica da ascensão do protagonismo do Poder Judiciário na defesa dos anseios constitucionais, bem como a omissão do legislador, que se mantém inerte ante às necessidades de grupos minoritários. Ademais, é abordado os níveis de descontentamento popular frente a atuação contramajoritária do Poder Judiciário, que chamamos de efeito *backlash*, sendo uma intensa e reiterada rejeição pública, ou dos demais poderes políticos, acompanhada de medidas ou movimentos de resistência para remover sua força normativa. Por fim, analisar-se-á a postura dialogal que implica na admissão de que a Corte Suprema e o Congresso Nacional são atores legitimados ao exercício da interpretação constitucional, de modo a afastar toda a sobreposição hierárquica por parte de qualquer um deles. Concluindo-se, busca-se a convivência harmônica e independente, entre os poderes, para manter uma linha adequada de diálogo. Do ponto de vista metodológico, utilizou-se o método dedutivo com emprego de revisão de literatura, além de consulta à jurisprudência e legislação, de modo a ter uma percepção real e conclusão geral sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial. Efeito *backlash*. Diálogos institucionais.

ABSTRACT

The work investigates the importance of the Judiciary's leading role in realizing the rights of minorities, through the counter-majority function, and the limits of judicial activism. As well

as the legislator's participation in constitutional hermeneutics, a result of the backlash effect and its harms and benefits in the realization of the fundamental rights of minorities. Therefore, the present work aims to present the historical evolution of the rise of the Judiciary's leading role in defending constitutional aspirations, as well as the omission of the legislator, who remains inert in the face of the needs of minority groups. Furthermore, the levels of popular discontent in the face of the counter-majoritarian action of the Judiciary are addressed, which we call the backlash effect, being an intense and repeated public rejection, or that of other political powers, accompanied by resistance measures or movements to remove its normative force. Finally, the dialogical stance that implies the admission that the Supreme Court and the National Congress are legitimate actors in the exercise of constitutional interpretation will be analyzed, in order to eliminate any hierarchical overlap on the part of any of them. In conclusion, we seek harmonious and independent coexistence between the powers, to maintain an adequate line of dialogue. From a methodological point of view, the deductive method was used using a literature review, in addition to consulting jurisprudence and legislation, in order to have a real perception and general conclusion on the topic.

KEYWORDS: Judicial activism. Backlash effect. Institutional dialogues.

INTRODUÇÃO

O neoconstitucionalismo, fruto do pós-positivismo, gerou um maior protagonismo do Judiciário (judicialização e ativismo judicial). Neste contexto, o Poder Judiciário assume função de implementação dos direitos fundamentais e consecução da função contramajoritária, assegurando os direitos e garantias fundamentais, com maior eficácia, das minorias.

A ascensão do Poder Judiciário surge com uma importante função contramajoritária: as minorias precisam que suas necessidades sejam alcançadas, no entanto, o legislador democrático, por vezes, aparenta-se omissivo – a ascensão do Poder Judiciário pode ser vista como um avanço na implementação dos direitos fundamentais das minorias, ainda que contra a vontade de uma maioria.

A atuação contramajoritária do Poder Judiciário, por vezes, gera um descontentamento popular. Chamamos de efeito *backlash*⁴, que pode ser definido como uma intensa e reiterada rejeição pública, ou demais poderes políticos, acompanhada de medidas e movimentações de resistência intensificada para remover a força normativa de uma decisão judicial. Essa forte reação social e política é confessadamente percebida e diversas situações, que serão comentadas neste estudo. Sua exteriorização pode ser classificada por diversos níveis, de maneira linear e cronológica, partindo de críticas jornalísticas, reações legislativas, desmantelamento de Tribunais até reações armadas.

Apesar de existir mecanismos, gerados pelo efeito *backlash*, para remover a força normativa de uma decisão judicial, essa interferência de um Poder ao outro é limitada. O mecanismo direcionado a essa rejeição advém do poder constituinte derivado, por meio de emenda Constitucional, por meio de um processo rígido de aprovação, bem como outros meios de controle investigativo.

Os dois fenômenos antagônicos discutidos e analisados conflitam frequentemente, de um lado em busca do cumprimento dos parâmetros e princípios constitucionais, e de outro a busca do interesse de grupos majoritários. Dessa forma, é análise deste estudo a importância do protagonismo do Poder Judiciário na concretização dos direitos das minorias, por meio da função contramajoritária, e os limites do ativismo judicial. Como também a participação do legislador na hermenêutica constitucional, fruto do efeito *backlash* e seus malefícios e benefícios na concretização dos direitos fundamentais das minorias.

⁴ Reação a uma decisão judicial.

Para tanto, esse estudo traz como objetivo uma postura dialogal entre os Poderes da República, que implica na admissão de que a Corte Suprema e o Congresso Nacional são atores legitimados ao exercício da interpretação constitucional, de modo a afastar toda a sobreposição hierárquica por parte de qualquer um deles. Busca-se a convivência harmônica e independente, entre os poderes, para manter uma linha adequada de diálogo.

Ao final, a metodologia empregada e utilizada neste artigo consiste na utilização do método dedutivo e explicativo, como forma de abordagem e o procedimento empregado como técnica foi a revisão literária pertinente à temática proposta, bem como a utilização de jurisprudência, doutrinas, artigos científicos e legislação, tentando, da melhor forma, chegar a uma conclusão geral sobre o objeto deste estudo.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 NEOCONSTITUCIONALISMO

2.1.1. DO CONTEXTO HISTÓRICO DA ECLOSÃO DO NEOCONSTITUCIONALISMO E SUA IMPORTÂNCIA CONTEMPORÂNEA

O neoconstitucionalismo é um movimento social, jurídico e político, que possui como sua principal característica o objetivo principiológico de garantir e preservar a eficácia das normas constitucionais e direitos fundamentais. Esse movimento surgiu como um novo momento do Constitucionalismo Moderno, seguimento mais usado nos modelos jurídicos contemporâneos por todo o globo. Sobre esse seguimento constitucional, Canotilho traz o entendimento com a seguinte formulação:

Por constituição moderna entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram liberdade e os direitos e se fixam os limites do poder político (CANOTILHO, J.J., 2003.p. 52).

Desta forma, entende-se que as constituições modernas são dedicadas ao fundamento de institucionalização dos poderes políticos (modelo de tripartição de poderes⁵, adotado e constatado pela CRFB/88, em seu artigo 2º⁶), a fixação de princípios, garantias constitucionais, e direitos fundamentais, como também os limites de atuação dos poderes.

Canotilho atribui as principais características do constitucionalismo moderno, como:

(1) Ordenar, fundar e limitar o poder político; (2) reconhecer e garantir os direitos e liberdade do indivíduo. Os temas centrais do constitucionalismo são, pois, a fundação e legitimação do poder político e a constitucionalização das liberdades (CANOTILHO, 2003. 54-55).

Sob influência do Constitucionalismo Moderno, vários países começaram a abraçar uma Constituição escrita, com objetivo claro de limitação de poderes. O principal marco, dessa nova fase histórica, é a Constituição de Cádiz de 1812⁷, da Espanha; e a Constituição portuguesa de 1822⁸, de Portugal. Porém, após a Segunda Guerra Mundial, percebeu-se o

⁵ “Distingue-se três tipos de poderes nos diversos Estados: o poder legislativo, o poder executivo do Estado, e o poder de julgar. Por meio do primeiro o príncipe ou magistrado cria, altera ou até mesmo anula as leis. Estas podem ter caráter temporário ou permanente. Pelo poder executivo do Estado “ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões”. (MONTESQUIEU, 1748, pg. 201). E pelo poder de julgar, como o próprio nome nos diz, julgam-se os desentendimentos e também punem-se os crimes. É importante salientar que Montesquieu foi o responsável pela inclusão expressa do poder de julgar dentre os poderes fundamentais do Estado. E assim, revela ao mundo os contornos da aceção mais difundida da separação dos poderes.” DOURADO, 2017, p.2639.

⁶ Art. 2º. São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 set. 2022.

⁷ Previa a soberania popular e a separação de poderes. Sua importância transcendeu o território espanhol. Constituição de Cádiz de 1812. na íntegra. Disponível em: <http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_cadiz.pdf>. Acesso em: 17 set. 2022.

⁸ Prevê a nação como titular da soberania, separação de poderes, instalando uma monarquia constitucional. Constituição Portuguesa de 1822, na íntegra. Disponível em: < <https://www.laicidade.org/wp-content/uploads/2006/10/constituicao-1822.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2022

altíssimo perigo do positivismo jurídico⁹. O principal acontecimento, que levou a essa conclusão, foram as “Leis de Nuremberg”. Foram duas leis distintas, aprovadas na Alemanha nazista em 1935, a Lei de Cidadania do Reich e a Lei de Proteção do Sangue e da Honra Alemã.

O governo nacional nazista criou critérios de segregação racial, que coíbiam a coabitação, relações sexuais e união familiar entre judeus e alemães, alocando os judeus a uma sub-raça humana. As atrocidades consecutivas são vis e nocivas, e a opinião pública após a Segunda Guerra Mundial, de acordo com Fábio Konder Comparato, firmou-se a convicção de que:

[...] a destruição deliberada de um grupo étnico, racial ou religioso, promovida por autoridades governamentais como política estatal, constituía um crime, cuja gravidade superava em muito o elenco tipológico dos delitos definidos nas diferentes leis nacionais, ou das violações tradicionais dos princípios do direito internacional (COMPARATO, 2001).

Por esse sentido, o positivismo jurídico não tem a pretensão de trabalhar a junção do Direito e da Moral, havendo uma desconexão aberta, segundo Max Moller, “para o positivismo jurídico, não há problema que as normas mantenham relação com termos morais, mas a ausência dessa relação não constitui um defeito na juridicidade da norma” (MOLLER, 2011, p. 95), aceitando-se assim, até mesmo, um Direito completamente amoral.

Com o advento da Lei Fundamental de Bonn de 1949 e a Constituição da Itália de 1947, e o declínio do positivismo jurídico, surge o movimento do neoconstitucionalismo, também conhecido como Constitucionalismo Contemporâneo, com o objetivo inédito de abranger aspectos morais e sociais na normatividade constitucional. No mesmo sentido exclama José Carlos Francisco:

⁹ “[...] por Positivismo Jurídico entende-se aquela teoria do direito segundo qual não existe outro direito a não ser o positivo, que é aquele observado de fato num determinado grupo social”. PASOLD. 2021. p.167.

dentre os fatos que motivaram o surgimento do neoconstitucionalismo está, primeiramente, a preservação de direitos humanos e humanitários e proteção contra arbitrariedades das leis. Ainda que em muitos momentos da história tenham ocorrido graves violações a direitos, as proporções alcançadas na Segunda Guerra Mundial foram devastadoras (FRANCISCO, 2012. p. 60).

E José Carlos Francisco complementa, expondo que “o neoconstitucionalismo busca integrar a moral ao direito, introduzir em sua seara uma moralização do fenômeno jurídico, levando em consideração os valores existentes na sociedade” (FRANCISCO, 2012. p. 18). determinando juízo de valor de acordo com a moral e ética de cada povo. O Constitucionalismo Contemporâneo, vulgo neoconstitucionalismo, tem o objetivo de humanizar o texto constitucional, introduzindo normas garantidoras ao respeito mínimo à dignidade da pessoa humana.

Sua ascensão está ligada a diversos fatores internacionais do momento histórico do século XX. Com a aproximação e globalização dos países, em consonância com a mobilidade social interna dos países, em um contexto heterogêneo cultural, foi necessário maior elasticidade do corpo constitucional das nações.

Para o professor Flávio Martins, a Lei Fundamental de Bonn¹⁰ foi importantíssima na eclosão do neoconstitucionalismo para o globo, sendo um arquétipo para Estados Constitucionais de Direito, com as seguintes particularidades:

(a) importância dada aos princípios e valores como elementares dos sistema jurídico; (b) ponderação como método de interpretação e aplicação dos princípios e de resolução dos conflitos de valores e bens constitucionais; (c) compreensão da

¹⁰ ALEMANHA. Lei Fundamental de Bonn. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Tradutor: Assis Mendonça, Aachen. Ed jun. 2022. Disponível na íntegra em: < <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 18, set., 2022.

Constituição como norma que irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico, condicionando toda a atividade jurídica e política dos poderes do Estado e até mesmo dos particulares nas relações privadas; (d) protagonismo dos juízes em relação ao legislador na tarefa de interpretar a Constituição; (e) aceitação de conexão entre Direito e moral (MARTINS, 2020, p.70).

Após um período de guerras e atrocidades, se tornou visível uma luz no fim do túnel à consagração da junção moral ao corpo constitucional, chancelando um caráter compromissório à dignidade da pessoa humana.

2.1.2. DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição não é apenas vista como um papel escrito, mas sim um conjunto de objetivos composto de valores e princípios a serem moldados e perseguidos, pelos poderes da República, em conformidade com a característica metamórfica da sociedade. Conforme Flávio Martins, “deixou de ser um documento essencialmente político, com normas apenas programáticas, e passou a ter força normativa, caráter vinculativo e obrigatório” (MARTINS, 2020, p. 71), nesse sentido declama, Konrad Hesse, sobre a importância da mutabilidade da Constituição:

Se as normas constitucionais nada mais expressam do que as relações fáticas altamente mutáveis, não há como deixar de reconhecer que a ciência da Constituição jurídica constitui uma ciência jurídica na ausência do direito, não lhe restando outra função senão a de constatar e comentar os fatos criados pela *Realpolitik* (HESSE,1991, p. 11).

Com a constante mudança social, pelo choque de culturas e visibilidade das necessidades sociais, a “força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação

às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva”, complementa Konrad Hesse.

O principal símbolo do neoconstitucionalismo é o reconhecimento da força normativa da Constituição, graças ao seu elemento normativo, que flui de acordo com a realidade metamórfica da sociedade.

2.2. ATIVISMO JUDICIAL

2.2.1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DIVISÃO DOS PODERES

Os direitos fundamentais são direitos basilares de um cidadão, ideário de uma ótica humanitária, garantindo a vida, a liberdade, a igualdade, a propriedade, a saúde, a educação, os direitos políticos, entre outros, previstos no texto normativo constitucional de uma nação, bem como em tratados internacionais adotados ou princípios consagrados por ela. A Magna Carta¹¹ foi a primeira constituição nacional que ficou conhecida pela sua extensa quantidade de direitos e garantias fundamentais, pois foi a Constituição promulgada após um longo período de ditadura militar, conforme retrata Bruna Izídio em seu estudo:

Chamada de Constituição Cidadã pelo Presidente da Assembleia Constituinte da época, Ulysses Guimarães, por possuir um extenso rol de direitos e garantias, a Constituição de 1988 é fruto de um processo de transição pacífica entre os regimes militar e democrático (SANTOS, 2015, p. 8).

Assim, é natural um texto constitucional mais humanizado e garantista após uma nação inteira descingir de um regime ditatorial, que gerou muita melancolia e desolação à

¹¹ Magna Carta – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

liberdade e cultura de um povo. É até mesmo possível vislumbrar no preâmbulo¹² constitucional a preocupação da Assembleia Constituinte na nova tendência constitucional da Constituição Cidadã.

Os direitos fundamentais são essenciais em um Estado Democrático de Direito, conforme afirma o jurista Dirley da Cunha, “não há falar em democracia sem o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais” (CUNHA, 2011, p.253), e possuem características sólidas, devendo ser inalienáveis, universais e invioláveis, para que, uma vez garantidas, não haja regressão frente a inconstância política de uma democracia.

Nesse sentido, escreve Alexandre de Moraes:

Assim, os direitos fundamentais cumprem, no dizer de Canotilho, “a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa) (MORAES, 2016, p. 90).

Assim, os direitos fundamentais devem ser protegidos do Estado e pelo Estado, desempenhando sua função de defesa dos cidadãos, devendo os Poderes Políticos desenvolverem os mecanismos estruturais para efetivação desses direitos.

¹² Preâmbulo. “Nós, representante do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 set., 2022.

A tripartição de poderes, como anteriormente explanado neste estudo, é um princípio fundamental garantido na CRFB/88, inclusive disciplinada como cláusula pétrea em seu artigo 60, §4º, inciso III¹³, não podendo ser abolida pelo poder constituinte derivado. A separação de poderes “é pensada para o exercício democrático das funções estatais, com o equilíbrio e fiscalização dos poderes por meio dos freios e contrapesos e, com o sagrado cometimento ao judiciário de função contramajoritária” (WOGEL, 2020, p. 306), para que direitos e garantias fundamentais sejam certos.

Assim, em um regime democrático, a vontade e direção que as forças políticas andam é, essencialmente, de acordo com o princípio majoritário, de que o “governo é da maioria”, sendo a maioria que escolhe os representantes do povo que compõem os Poderes Executivo e Legislativo. Porém, a vontade da maioria não deve ser absoluta, uma vez que suas vontades podem lesar a conquista ou manutenção de direitos fundamentais das minorias. Nesse sentido, escreve Barroso:

Por meio do equilíbrio entre Constituição e a deliberação majoritária, as sociedades podem obter, ao mesmo tempo, estabilidade quanto às garantias e valores essenciais, que ficam preservados no texto constitucional, e agilidade para a solução das demandas do dia-a-dia, a cargo dos poderes políticos eleitos pelo povo (BARROSO, 2010, p. 90).

O equilíbrio entre a Constituição e a vontade da maioria é essencial, pois permite que haja progresso da vontade majoritária, por meio dos Poderes Políticos, bem como seja resguardado e conquistado direitos das minorias. Porém, muitas vezes, as demandas sociais de grupos minoritárias não são atendidas pela classe política vigente, não tendo suas

¹³ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: §4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III – a separação dos Poderes. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 out., 2022.

necessidades básicas de dignidade humana sanadas. Pois, o Poder Legislativo possui o dever de criar leis em consonância com os objetivos do constituinte originário, e “pela obrigação de preencher as lacunas legislativas, evitando omissões inconstitucionais que impeçam os indivíduos de gozar de seus direitos constitucionalmente consagrados” (WOGEL, 2020, p. 301), porém, não é o que normalmente acontece.

Diante dessa problemática, o Poder Judiciário revela ter uma função garantista primordial, na capacidade de policiar os demais poderes a cumprir os objetivos principiológicos do texto constitucional. Nesse sentido, geralmente, sua atitude “se instala em situações de retratação do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva” (BARROSO, 2009, p. 14), exercendo sua função de *check and balances*¹⁴.

Nesse sentido, escreve Alexandre de Moraes:

Por outro lado, não se pode ignorar a advertência feita pelo Ministro Celso de Mello, ao recordar que as “práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momento excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a questão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional [...]” (MORAES, 2016, p. 1196).

É necessário a atuação do Poder Judiciário em situações que os Poderes Políticos se omitem por conta do princípio majoritário de que vestem seus mandatos. Assim, em ocasiões pontuais, é necessário a “invasão” de função de um poder ao outro, respeitando-se a separação de poderes e o *check and balances*, para garantir que não somente a vontade da

¹⁴ Sistemas de Freios e Contrapesos.

maioria prevaleça, mas que a vontade e direitos fundamentais das minorias sejam respeitados e conquistados pelo Estado.

2.2.2. JUDICIALIZAÇÃO DE MATÉRIAS DE LARGA REPERCUSSÃO SOCIAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

O termo judicialização significa que “algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo” (BARROSO, 2009, p. 12), assim, como explanado anteriormente, o Poder Judiciário intercambia entre funções dos demais poderes, como garantidor constitucional.

Luís Riberto Barroso, em sua obra¹⁵, se dedica a sistematizar os motivos da ascensão da judicialização. O primeiro grande motivo seria a redemocratização do país, que, devido à promulgação da CRFB/88, o Poder Judiciário transformou-se em um grande ator político, tendo o dever e capacidade de dar efetividade aos fins constitucionais. Com um ambiente democrático vívido, o Poder Judiciário e seus demais órgãos se fortaleceram, juntamente com o aumento de demanda da população pela busca de proteção de seus direitos. O segundo grande motivo seria a constitucionalização abrangente, aumentando de forma significativa o escopo das matérias constitucionais, trazendo maior garantia e efetividade aos direitos basilares dos cidadãos, já que se torna uma pretensão jurídica, podendo ser postulado por meio de ação judicial. O terceiro grande motivo é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, permitindo que o Poder Judiciário, em um caso concreto, pode deixar de aplicar uma lei caso considere inconstitucional (modelo difuso-incidental). Como também permite que algumas matérias sejam levadas diretamente à Corte Suprema (modelo

¹⁵ Artigo - Judicialização, ativismo judicial e Legitimidade Democrática.

concentrado-principal), podendo ser ajuizada por um rol de legitimados, presente no artigo 103 da CRFB/88¹⁶, onde questões de grande repercussão podem ser decididas.

A CRFB/88 ampliou, de forma significativa, aumentou o alcance de matérias de revisão judicial, bem como os legitimados para sua propositura. O “reflexo da novidade foi o crescente ativismo da Corte, sob o pretexto de ser ‘a última trincheira do cidadão’” (KOZICKI, 2015, p. 114), tendo função de “última palavra” da vontade constitucional.

O criador do controle de constitucionalidade, Hans Kelsen, justifica este modelo da seguinte forma:

Se a Constituição nada preceitua sobre a questão de saber quem há de fiscalizar a constitucionalidade das leis, os órgãos a quem a Constituição confere poder para aplicar as leis, especialmente os tribunais, portanto, são por isso mesmos tornados competentes para efetuar esse controle. [...] Se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como “inconstitucional” não só em relação a um caso concreto, mas em relação a todos os casos a que a lei se refira (KELSEN, 1998, p.200).

Neste sentido, se a própria Constituição confia poder a um órgão para julgar e aplicar as leis vigentes, bem como determina sua função de guardião dos preceitos das normas constitucionais, há de se entender cabível que este mesmo órgão seja capaz de reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma ao ir contra à própria Constituição. O controle tem finalidade de “garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em

¹⁶ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V- o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI- o Procurador-Geral da República; VII- o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII- partido político com representação no Congresso Nacional; IX- confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 out., 2022.

normas inconstitucionais” (MORAES, 2016, p. 1148), em conformidade com o princípio da segurança jurídica dos direitos e garantias fundamentais. Nesta toada, a judicialização é devido ao Protagonismo do Poder Judiciário conferido pela Constituição.

2.2.3. ATIVISMO JUDICIAL NO PAPEL CONTRAMAJORITARIO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O protagonismo do Poder Judiciário é uma consequência natural do neoconstitucionalismo e garantia normativa da Constituição, bem como um avanço na implementação dos direitos fundamentais, como explanado neste estudo.

O maior protagonismo do Poder Judiciário é dado o nome de ativismo judicial, que, segundo Barroso, “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” (BARROSO, 2009, p. 14), e complementa, “o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidade do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito” (BARROSO, 2010, p. 326), assim, respeitando a separação de poderes e mantendo sua função constitucional garantista. Porém, não se deve confundir ativismo judicial e protagonismo judicial literalmente. O protagonismo é uma consequência do neoconstitucionalismo e garantia normativa da Constituição. Já o ativismo judicial é o exagero, ação desmesurada do poder Judiciário. Enquanto um pode ser acusado de violar a separação de poderes, o outro pode ser visto como avanço na implementação dos direitos fundamentais.

Nesse entender, o método hermenêutico ativista é uma ação inovadora da Corte diante de carências normativas, gerando uma participação mais intensa, efetiva e ativa dos magistrados, normalmente de maneira expansiva. No Brasil, o ativismo judicial é compreendido “como um método de interpretação dado a Constituição Federal, pelo

Judiciário, em casos que a lei é omissa acerca daquela necessidade social” (WOGEL, 2020, p. 310), devido à grande inércia dos Poderes Políticos na concretização dos objetivos constitucionais, principalmente quando a lei é omissa às necessidades sociais de grupos minoritários.

Assim, essa função do Poder Judiciário assume um importantíssimo pilar elementar do desenvolvimento dos direitos fundamentais no país, no sentido de que, ao invadir a esfera funcional de outro Poder Político, apresenta-se para emanar ordens de implementação de direitos e garantias, por meio de uma atuação genuinamente técnica e legal, para que a necessidade de grupos minoritários seja suprida. Muitos “outros direitos fundamentais foram consagrados e efetivados com a possibilidade de maior amplitude interpretativa por parte do Judiciário” (MORAES, 2016, p. 1195), justamente pelo Poder Judiciário ser o guardião da Constituição, juntamente pelos objetivos traçados por seu texto normativo. O Judiciário assume a posição de atender demandas da sociedade que não foram satisfeitas e supridas pelo parlamento.

Como guardião da Constituição, essa que é suprema e representa a vontade do povo nacional, é necessário o controle de constitucionalidade para garantir que o texto constitucional, bem como os direitos fundamentais, seja respeitado e protegido, mesmo que por vontade de uma maioria. Nesse sentido diz Cambi:

[...] Sendo tais direitos trunfos contra a maioria, não poderia essa maioria, mas um órgão independente especializado deveria ter a competência para verificar a existência de ações ou omissões contrárias à Constituição. A jurisdição constitucional representa a grande invenção contramajoritária, na medida em que serve de garantia dos direitos fundamentais e da própria democracia. Caso contrário, se a jurisdição constitucional não existisse ou não detivesse os poderes que tem, ficando a maioria democrática na incumbência de afirmar a prevalência concreta de direitos em colisão, ter-se-ia que negar a ideia de que os direitos fundamentais são trunfos contra

a maioria e questionar a própria razão de ser dos mesmos direitos fundamentais [...] (CAMBI, 2020).

A função contramajoritária do Poder Judiciário tem a função de tutela dos direitos fundamentais das minorias contra eventuais excessos da maioria ou omissões lesivas do Estado, não permitindo o sufocamento das minorias, pois, o próprio Estado Democrático de Direito e a Constituição não permitem que a opressão daqueles que sofrem demasiadamente efeitos da discriminação, do preconceito e da exclusão jurídica.

O Judiciário possui legitimidade para balancear a vontade da maioria com a Constituição, “essa legitimidade permite ao Poder Judiciário atuar contramajoritariamente, inclusive porque em caso de conflito entre o princípio majoritário e a Constituição esta deve prevalecer” (SANTOS, 2015, p. 14). Tal legitimidade ganha-se forma por meio do controle de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade é instrumento essencial nesta função, pois “apesar de a democracia ser ‘o governo da maioria’ cabe ao Poder Judiciário fazer uso do princípio contramajoritário para impedir que a maioria exceda os limites impostos pela Constituição” (SANTOS, 2015, p. 16), garantindo a prevalência dos direitos fundamentais de todos e não somente da maioria, já que a Constituição é soberana, protegendo acima de tudo os preceitos e objetivos estruturais do texto normativo constitucional. Em um verdadeiro Estado democrático encontrar-se-ia um sistema onde não somente a vontade da maioria importa, mas sim preceitos elementares mínimos de dignidade humana a todos os grupos sociais. Barroso reflete neste sentido:

A Constituição de um Estado democrático tem duas funções principais. Em primeiro lugar, compete a ela veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, e que não devem poder ser afetados por majorias políticas ocasionais. Esses consensos elementares, [...]

envolvem a garantia de direitos fundamentais, a separação e a organização dos Poderes constituídos e a fixação de determinados fins de natureza política ou valorativa. Em segundo lugar, cabe à Constituição garantir o espaço próprio do pluralismo, assegurando o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos (BARROSO, 2010, p. 110).

De tal modo, a Constituição é determinante para a existência de um Estado Democrático de Direito, onde determina princípios mínimos de dignidade humana e pilares estruturais para que os direitos sejam garantidos na realidade fática.

Sgarbossa, ao analisar as reflexões de James Buchanan e Gordon Tullock, reflete sobre o perigo de uma democracia majoritária:

Reputa-se que não seria adequado sustentar uma visão que reduzisse a democracia a um regime de domínio da maioria vencedora em um processo eleitoral ou decisório sobre a minoria vencida, posto que isto representaria muito mais uma espécie de ditadura autoritária da maioria do que uma verdadeira democracia (SGARBOSSA, 2013, p. 138).

Alguns autores, como Paulo Bonavides, analisam o conceito de soberania popular, como na obra de Rousseau, pela alta superficialidade representativa como associar democracia com a vontade da maioria, reduzindo-se o conceito do primeiro ao último:

A concepção da soberania popular, posto que se apóie em reflexões contraditórias e insustentáveis daquele filósofo político, teve a máxima influência no desdobramento ulterior das idéias democráticas, nomeadamente no que diz respeito à progressiva universalização do sufrágio [...] há juristas, sociólogos e pensadores políticos que entendem tratar-se de um conceito já em declínio. Hoje, por exemplo, conforme alguns publicistas, as ideologias pesam mais nas relações entre os Estados do que o sentimento nacional de soberania (BONAVIDES, 2000, p. 166-168).

O texto normativo representa a soberania popular e o papel contramajoritário do Poder Judiciário age contra uma maioria tirânica em defesa da Constituição. Noberto Bobbio reflete que “em um sistema representativo, teremos, portanto, um complexo processo de formação da vontade política que, partindo dos cidadãos, passa pelos partidos e pelas assembleias e culmina na ação do Governo, limitada pela lei constitucional” (BOBBIO, 1998, p. 258), sendo claramente um sistema representativo pluralista em respeito à Constituição de uma nação.

Reconhecendo como o ativismo atua e em quais circunstâncias, e respeitando-se as regras tradicionais e estruturais do *check and balances* da separação de poderes, bem como a necessidade de interferência em outros poderes para a efetiva concretização dos direitos e garantias fundamentais diante a omissão dos Poderes Políticos, o Poder Judiciário deve manter-se proativo na aplicação do ativismo judicial, mas com uma “utilização minimalista desse método decisório, ou seja, somente interferindo excepcionalmente de forma ativista, mediante a gravidade de casos concretos colocados e em defesa da supremacia dos Direitos Fundamentais”, sendo incisivo e agindo com parcimônia, sem pressa na construção dos direitos pelas Cortes.

Porém, não pode se isentar-se diante situações que necessitam de sua postura proativa, pois o método minimalista da Corte pode “revelar-se constitucionalmente insensível em relação a demandas específicas de minorias estigmatizadas” (BUNCHAFT, 2011, p. 175), não desempenhando seu dever constitucionalmente reservado. Assim, resta refletido a importância do papel da Corte Suprema na consolidação dos direitos e garantias fundamentais em casos concretos, no qual será demonstrado no tópico a seguir.

2.2.4. AS CRÍTICAS À FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA INTERVENTIVA DO PODER JUDICIÁRIO

A função contramajoritária e ativista da Corte Suprema é também alvo de altíssimas críticas, pois está envolvida na interferência do Poder Judiciário nas esferas dos Poderes Políticos, mesmo que essa invasão ocorra para garantir e preservar os direitos fundamentais de grupos minoritários que sofrem diariamente pela inércia do legislador e pela falta de políticas públicas.

As críticas baseiam-se, claramente, na postura proativa do Judiciário, que, segundo os críticos, colocam o Estado Democrático de Direito em perigo na percepção de que um juiz ativista ignoraria o texto normativo constitucional, bem como todo seu conteúdo histórico e de precedentes da Corte, para impor seu ponto de vista político pelo método hermenêutico.

Como diz Ronald Dworkin, “o ativismo judicial é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico” (DWORKIN, 2021, p. 452), ultrapassando os objetivos da própria legislação e da jurisprudência do Tribunal gerando insegurança jurídica a toda uma nação, “segundo o qual juízes, ao interpretarem e aplicarem a Constituição, não agiriam simplesmente declarando a vontade preestabelecida dos constituintes [...], mas exerceriam forte papel criativo e integrativo” (SGARBOSSA, 2013, p. 137), destinando à juízes um poder que deveria estar nas mãos do povo.

Os juízes atuariam, especialmente os destinados à interpretação Constitucional (Corte Suprema), de forma cada vez mais política e mais presentes nas interferências entre as instituições e produzindo agudos efeitos em debates originariamente políticos com grande repercussão social. Reflete Carlos Eduardo Reverbel:

É a democracia como fundamento (governo do povo), funcionamento (governo pelo povo) e finalidade (e para o povo) que define o direito em nosso sistema jurídico. Assim o juiz fica adstrito ao cumprimento da lei. [...] O ativismo judicial centra-se neste ponto. O juiz transpassa o campo do direito e ingressa na seara da política. Assim, “resolve” problemas políticos por critérios jurídicos (REVERBEL, 2009, p. 8).

Dessa forma, a suposição seria que o ativismo judicial representaria um enorme perigo à democracia e ao próprio Estado Democrático de Direito, que juízes ultrapassariam a esfera técnica interpretativa da letra da lei e atuaria produzindo seus próprios interesses e crenças pessoais.

Porém, mesmo que intrigante, pode ser uma visão ultrapassada, retroagindo no papel positivista do Judiciário e indo em sentido oposto aos paradigmas que a própria Constituição traça destinando a função de controle judicial de constitucionalidade.

Dentre as críticas mais usuais é da essencial grande dificuldade do contramajoritário, quando o Tribunal decide contra a maioria, os eleitos pela porcentagem majoritária da população, seus representantes. Essa crítica é desenvolvida por Alexander Bickel, que afirma que “a lei é a vontade da maioria, ou uma norma obrigatória, expressa de maneira coercitiva, e que só pode tolerar estreita margem de discordância e de isenção” (BICKEL, 1978, p. 101), que já foi destrinchado neste estudo.

O autor continua suas críticas ao ativismo judicial, já que o *judicial review*¹⁷ é o poder do Judiciário de interpretar e aplicar a Constituição, em matérias de grande repercussão geral ou de significativa importância social, que vai contra a vontade da maioria parlamentar. Essa atuação é realizada por juízes que não se submeteram ao crivo eleitoral, não tendo aprovação social para decidir pelo povo. Por não se submeterem ao sufrágio popular, e pela natureza jurisdicional ser pautada em princípios constitucionais, seria um desafio ao jurisdicionado resolver problemas que agradem a maior parte da população, justamente pela precária noção de realidade dos anseios populares.

Adriana Campagnoli reflete sobre a ausência de legitimidade democrática da jurisdição constitucional:

¹⁷ Revisão judicial.

Os partidários dessa concepção afirmam que o instituto consiste em uma espécie de usurpação do poder, que poderia colocar em risco a democracia. Fundamentam sua premissa no fato de que juízes não são submetidos ao sufrágio popular e, por consequência, não representam a vontade popular e, por isso, não possuem legitimidade democrática (CAMPAGNOLI, 2014, p. 52).

Assim, a falta de sufrágio popular, “a vitaliciedade do cargo e a quase nula possibilidade de perda do mesmo, aliados à ausência de controle de atuação pela maioria da população, mantém os juízes distanciados das aspirações da opinião pública” (CAMPAGNOLI, 2014, p. 53), supostamente direcionando o avanço estatal em sentido contrário às vontades sociais.

Alexander Bickel afirma, de forma contumaz, que “o judicial review pode, num sentido mais amplo, ter tendência de enfraquecer o processo democrático ao longo do tempo” (GONÇALVES, 2020, p. 34), à grande chance de decisões da Corte serem desobedecidas, justamente pela falta de legitimidade democrática.

Há também quem diga que estamos vivendo em uma “supremocracia”. Neste sentido, Oscar Vieira conceitua este suposto movimento:

[...] o termo supremocracia refere-se à autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do judiciário. [...] Assim, supremocracia diz respeito, em primeiro lugar, à autoridade recentemente adquirida pelo Supremo de governar jurisdicionalmente (*rule*) o Poder Judiciário no Brasil. Neste sentido, finalmente o Supremo Tribunal Federal tornou-se supremo. No caso específico, o “s” minúsculo do adjetivo vale mais que o “S” maiúsculo que convencionalmente reservamos aos órgãos máximos da República (VEIRA, 2008, p. 444-441).

Assim, o poder judiciário seria o centro do nosso sistema político, agindo como um Poder Moderador, responsável pela emissão da última palavra em questões de grande repercussão social, validando ou não as decisões dos órgãos representativos.

Dentre tantas críticas, muitas com um certo alarde, é importante estabelecer limites e parâmetros mínimos para o ativismo judicial, como, por exemplo, sua utilização de forma minimalista e incisiva, não deixando de lado seu papel iluminista, devendo promover avanços civilizatórios e direcionar a história, não necessariamente expressando a vontade majoritária da população, mas sim a vontade constitucional de prosperidade.

2.3. EFEITO BACKLASH

2.3.1. O FENÔMENO JURÍDICO EM FACE DO ATIVISMO JUDICIAL

Como explanado nesta pesquisa, o Direito Constitucional reconhece ao Judiciário um papel contramajoritário, justamente para que a maioria não oprima as minorias. Por conta desse papel conferido ao Poder Judiciário, a democracia é relativamente colocada em risco neste sentido, pois os juízes decidem contra a vontade de uma maioria representativa, ignorando o sentimento social majoritário. Por outro lado, quando os juízes escutam às vontades sociais e deixam suas decisões serem guiadas, temos um nível democrático maior, mas insurge uma grande insegurança jurídica.

Diante deste cenário totalmente conflituoso, insurge o efeito *backlash* na medida que a vontade do povo não coaduna com a interpretação constitucional realizada por juízes e Tribunais.

Anteriormente, o povo considerava os Tribunais como locais de grande difusão da razão humana, porém isso mudou com a ascensão do constitucionalismo popular, que reforçou a ideia de que a interpretação constitucional deveria ser retirada das mãos dos Tribunais e devolvida ao povo, e outros deixavam claro a necessidade do minimalismo e

cuidados judicial. Segundo Post e Siegel, “uma das muitas razões para essa mudança é que os progressistas ficaram atemorizados de que um judiciário assertivo pudesse desencadear ‘uma crise política e cultural e o *backlash* pode... ferir, mais do que ‘ajudar’, valores progressistas”¹⁸ (SIEGEL, POST, 2007, p. 373) (tradução nossa), assim, o temor desperta mais interesse.

O *backlash*, segundo Post e Siegel, “expressa o desejo de um povo livre para influenciar o conteúdo de sua Constituição, mas o *backlash* também ameaça a independência da legislação. *Backlash* é quando a integridade do estado de direito colide com a necessidade de nossa ordem constitucional para a legitimidade democrática”¹⁹ (SIEGEL, POST, 2007, p. 376) (tradução nossa), com o objetivo de modificar ou retirar a força de uma decisão dos Tribunais.

Há diversas formas de compreender este fenômeno jurídico. Existem diversos conceitos, de um lado batizando-o como reações sociais a decisões dos Tribunais, de outro lado para qualquer fenômeno parecidos. Mas não há um conceito definitivo sobre este fenômeno jurídico, pois há divergências doutrinárias quanto a sua aparição e resultado.

Fonteneles traz uma conceituação em *strictu sensu*²⁰, “o *backlash* designa reações sociais (*backlash* nacional) ou estatais (*backlash* internacional), lícitas ou ilícitas, que hostilizam atos e decisões, ainda que não jurisdicionais, do Judiciário [...] decisões estas usualmente conservadoras do *status quo*” (FONTELES, 2021, p. 43-44), dessa forma, seria uma reação usualmente conservadora a decisões judiciais progressistas.

Já Cass Sustein faz uma conceituação clássica, afirmando que o efeito *backlash* é uma “intensa e sustentada rejeição pública a uma decisão judicial, acompanhada de medidas

¹⁸ Texto da obra original: “One of the many reasons for this shift is that progressives have become fearful that an assertive judiciary can spark ‘a political and cultural backlash tha many... hurt, more than ‘help, progressive rules.”

¹⁹ Texto da obra original: “Backlash expresses the desire of a free people to influence the content of their Constitution, yet backlash also threatens the Independence of law. Backlash is Where the integrity of the rule of law clashes with the need of four constitutional order of democratic legitimacy.”

²⁰ Sentido estrito.

agressivas para resistir a essa decisão e remover sua força legal” (SUSTEIN, 2007, p. 435) (tradução nossa), objetivo que pode ser realizado pelos representantes do povo (parlamentares), que se concretiza por meio do poder constituinte derivado no Brasil, garantido pelo artigo 60 da CRFB/88²¹, para modificar o entendimento do texto constitucional.

O efeito *backlash* poderia ser visto como uma hostilização e repulsa significativo de uma parcela social ou representantes políticos, e a depender de sua exteriorização, poder causar grandes rompimentos ou hiatos na estabilidade social de uma nação. Essa exteriorização pode causar problemas cruciais na legislação constitucional de um país ou, até mesmo, modificações estruturais internas dos Tribunais. Marmelstein traz uma conceituação própria, na qual exclama as consequências do *backlash*, que segundo ele:

O backlash é uma reação adversa não-desejada à atuação judicial. Para ser mais preciso, é, literalmente, um contra-ataque político ao resultado de uma deliberação judicial. Tal contra-ataque manifesta-se por meio de determinadas formas de retaliação, que podem ocorrer em várias ‘frentes’: a revisão legislativa de decisões controversas; a interferência política no processo de preenchimento das vagas nos tribunais e nas garantias inerentes ao cargo, com vistas a assegurar a indicação de juízes ‘obedientes’ e/ou bloquear a indicação de juízes ‘indesejáveis’; tentativas de se ‘preencher o tribunal’ (“court-packing”) por parte dos detentores do poder político; aplicação de sanções disciplinares, impeachment ou remoção de juízes ‘inadequados’ ou ‘hiperativos’; introdução de restrições à jurisdição dos tribunais, ou a ‘poda’ dos poderes de controle de constitucionalidade (MARMELESTEIN, 2016, p.3).

²¹ Art. 60. A constituição poderá ser emendada mediante proposta. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 out., 2022.

O *backlash* funcionaria como um grande controle do Poder Judiciário, já que sua exteriorização pode causar consequências gravíssimas em um Estado Democrático de Direito. A Corte, ao tomar decisões contramajoritárias, que muitas vezes pode ferir o *status quo*, uma maioria significativa movimentaria os Poderes Políticos a fazerem modificações dentro do próprio judiciário por meios legais.

Como escrito por Marmelstein, essas modificações internas têm por objetivo modificar o raciocínio hermenêutico do Tribunal, com modificações de vagas nos Tribunais, sanções, restrições e, até remoção por meio de impeachment, para juízes que não seguem certa cartilha ideológica. É normalmente gerado por uma onda conservadora, justamente pela manutenção do *status quo* social e econômico, dentro de país com sérias dificuldades sociais e retrocessos na garantia de direitos fundamentais. Porém, por mais que seja prevalência contemporânea, o efeito *backlash* não se limita a reações conservadoras, pois nem sempre será conduzido pela manutenção do *status quo*. Dessa forma, é possível a existência de um *backlash* progressista, principalmente em países de líderes eleitos que possuem uma ideologia extremamente conservadora, “quando o consenso nacional sobre questões raciais, gênero, LGBT, imigração ou questões regulatórias se desenrolam [...] torna-se uma válvula de segurança para um *backlash* conservador ou progressista” (PETKOVA, KLEINLEIN, 2017, p. 1074) (tradução nossa), e, como exemplo do Brasil, Estados Unidos entre outros, que elegeram momentaneamente governos conservadores, “o *backlash* agora também dá esperança aos progressistas que se opõem ao governo Trump, nos Estados Unidos ou rejeitam categoricamente partidos radicais de direita na Europa”²² (tradução nossa), acendendo uma faísca de esperança (PETKOVA, KLEINLEIN, 2017, p. 1075).

Porém, o fenômeno *backlash* essencialmente pode ser um obstáculo ou ameaça direta a juízes e Tribunais, e que podem gerar sérios problemas sociais, mesmo que a decisão

²² Texto da obra original: “Often theorized as resistance to progressive reforms Only, issue-specific backlash now also gives hope to progressives who oppose the Trump administration in the United States or categorically reject radical right-wing parties in Europe.”

judicial da Corte seja moralmente correta. O emblemático caso *Roe v. Wade*, decisão da Suprema Corte Norte-Americana, que permitiu a possibilidade de aborto, gerou um enorme *backlash* entre grupos²³, não somente no país norte-americano, mas em outras partes do mundo.

Há vários outros exemplos que o *backlash* é uma clara ameaça não somente aos Tribunais em si, mas na própria função contramajoritária da Corte de proteger e garantir os direitos fundamentais das minorias.

O primeiro exemplo a ser exposto é a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.983²⁴, que declarou a inconstitucionalidade da Lei 15.299/2013²⁵, onde considerava a “vaquejada” como prática esportiva e cultural do Estado do Ceará. Houve uma grande reação popular e política gerando a Emenda Constitucional (EC) n. 96/2017²⁶, onde consideravam que não são cruéis práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais. Assim, o *backlash* agiu contraproducente a uma inovação sobre os Direitos dos Animais. O segundo exemplo é a decisão do Ministro Alexandre de Moraes determinando a

²³ DWORKIN, 2003, p.2-5. Texto: “guerras entre grupos antiaborto e seus adversários pareça mais acirrada e violenta nos Estados Unidos, a disputa abala outros países. Batalhas entre grupos ‘pró-escolha’ e grupos antiaborto explodem periodicamente por toda a Europa, e a luta da Alemanha para adotar uma lei nacional sobre aborto ilustra a profundidade das divisões.”

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983/CE. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 06 de outubro de 2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>>. Acesso em: 27 de out. de 2022.

²⁵ BRASIL. Lei n. 15.299, de 08 de janeiro de 2013. Regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado do Ceará. Promulgada pelo Governador do Estado do Ceará. Palácio da Abolição, do Governo do Estado do Ceará, em Fortaleza, 08 de janeiro de 2013. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CF5C75D424C871E0CBFC4C57B95F1ACD.proposicoesWebExterno1?codteor=1501482&filename=LegislacaoCitada+PEC+270/2016#:~:text=LEI%20N%C2%B0%2015299%2C%20DE%2008%20DE%20JANEIRO%20DE%202013&text=001%C2%B0%20%2D%20Fica%20regulamentada%20a,bovino%2C%20objetivando%20domin%C3%A1%2Dlo.>>. Acesso em: 27 de out. de 2022.

²⁶ BRASIL. Emenda Constitucional n. 96, de 6 de junho de 2017. Acrescenta §7º ao artigo 2258 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica. Mesa do Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm>. Acesso em: 27 de out. de 2022.

prisão em flagrante de um parlamentar (Inquérito nº 4.781/DF²⁷) após ameaças diretas a ministros do Supremo Tribunal Federal e defender o Ato Institucional nº 5 (AI-5). A decisão gerou *backlash* de parte da população e dos Poderes Políticos. Diante essa rejeição, foi elaborada a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 3/2021²⁸ (conhecida popularmente como “PEC da impunidade), que tinha como maior objetivo fortalecer a imunidade parlamentar.

E, por fim, o exemplo do caso *Brown v. Board of Education*²⁹ (1954), decisão da Suprema Corte Norte-Americana, que proibiu a segregação racial nas escolas no país. Porém, o “governador do Arkansas (USA), incitou a população a resistir a essa decisão e, acionando a guarda municipal, impediu que nove jovens negros entrassem no Ginásio Central de Little Rock, capital do estado” (FONTELES, 2021, p. 98), assim, claramente mais um *backlash* conservador, mas que dessa vez gerou uma reação proliferada por toda a cidade.

Mesmo com seu elemento essencialmente ameaçador, também é uma importante forma de expressão da democracia, uma possível abertura além do poder constituinte derivado. Como diz Keith Whittington (2007), em uma democracia, a Constituição é importante demais para ser deixada nas mãos apenas do judiciário e, exatamente por isso, parte em defesa de uma opção que promova a distribuição da autoridade interpretativa por entre várias instituições, cada uma suprema na sua própria esfera e nenhum supremo em sua integralidade.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito n. 4.781/DF, de 16 de fevereiro de 2021. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5651823>>. Acesso em: 27 de out. de 2022.

²⁸ BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional n. 3/2021, de 24 de fevereiro de 2021. Altera os arts. 14, 27, 53, 102 e 105 da Constituição Federal, para dispor sobre as prerrogativas parlamentares e dá outras providencias. Autor: Celso Sabino – PSDB/PA e outros. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2270800>>. Acesso em: 27 de out. de 2022.

²⁹ 347 U.S. 483, 1954.

É possível vislumbrar o fenômeno *backlash* de forma mais otimista e construtiva, essa visão pode ser conjecturada a partir do constitucionalismo democrático. Nessa linha de entendimento, o significado de Constituição é construído a partir do diálogo e conflito entre autoridade do Estado e a população que reage à decisão. Nesse sentido diz Post e Siegel:

O constitucionalismo democrático oferece, assim, uma nova perspectiva sobre os efeitos potencialmente construtivos do *backlash*. Esta não é a visão mais comum na academia jurídica, onde o cumprimento da lei e a deferência aos profissionais são geralmente valorizados. O *backlash* desafia a presunção de que os cidadãos devem aquiescer em decisões judiciais que falam na voz desinteressada da lei. O *backlash* desafia duas vezes a autoridade dessa voz. No nome de uma Constituição democraticamente responsiva, o *backlash* questiona a autoridade autônoma do direito constitucional. E em nome da autodeterminação política, o *backlash* desafia a presunção de que os cidadãos leigos devem, sem protesto, adiar os julgamentos constitucionais dos profissionais do direito. (tradução nossa) (SIEGEL, POST, 2007, p. 375).³⁰

Assim, o *backlash* agiria como método conciliatório, já que a própria reação social, de forma moderada, a uma decisão judicial, seria o método mais expressivo da população em exclamar suas demandas e anseios a determinado tema de média ou alta repercussão.

Mas, independentemente se o fenômeno jurídico pode ser favorável à democracia ou desfavorável às vontades da Constituição, há maneiras de se evitar o efeito *backlash*. Um

³⁰ Texto da obra original: “Democratic constitutionalism thus offers a fresh perspective on the potentially constructive effects of backlash. This is not the common view in the legal academy, where law-abidingness and deference to professionals are generally prized. Backlash challenges the presumption that citizens should acquiesce in judicial decisions that speak in the disinterested voice of law. Backlash twice challenges the authority of this voice. In the name of a democratically responsive Constitution, backlash questions the autonomous authority of constitutional law. And in the name of political selfownership, backlash defies the presumption that lay citizens should without protest defer to the constitutional judgments of legal professionals.

exemplo interessante é a Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça³¹, no qual dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Essa decisão decorreu justamente pelo reconhecimento da união civil homossexual pela Corte Suprema, casos da ADPF 132/RJ³² e ADI nº 4277/DF³³, que reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo.

Neste caso, a medida tomada pela Corte Suprema e, somente depois, determinou que os cartórios adotassem a medida de forma efetiva, acabou maturando a opinião pública. Pois, quando a decisão da Corte foi tomada, tiveram grandes reações sociais e legislativas, a ponto do Congresso Nacional discutir um Projeto de Lei (PL nº 6.583/2012³⁴), que reafirmava que a entidade familiar seria formado somente a partir da união entre um homem e uma mulher.

Assim, de um lado, a opinião popular pode se acostumar com a decisão contramajoritária da Corte Suprema, de outro lado, a medida somente se tornou verdadeiramente eficaz após um longo período da decisão.

³¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Dispõe sobre a habilitação, celebração civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Resolução nº 175 de 14/05/2013. DJE/CNJ nº 89/2013, de 15/05/2013, p.2. Disponível em:<https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_175_14052013_16052013105518.pdf>. Acesso em: 27 de out. de 2022.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132/RJ. Rel. Min. Ayres Britto. Julgado em: 05 de mai. de 2011. Disponível em:<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 27 de out. de 2022.

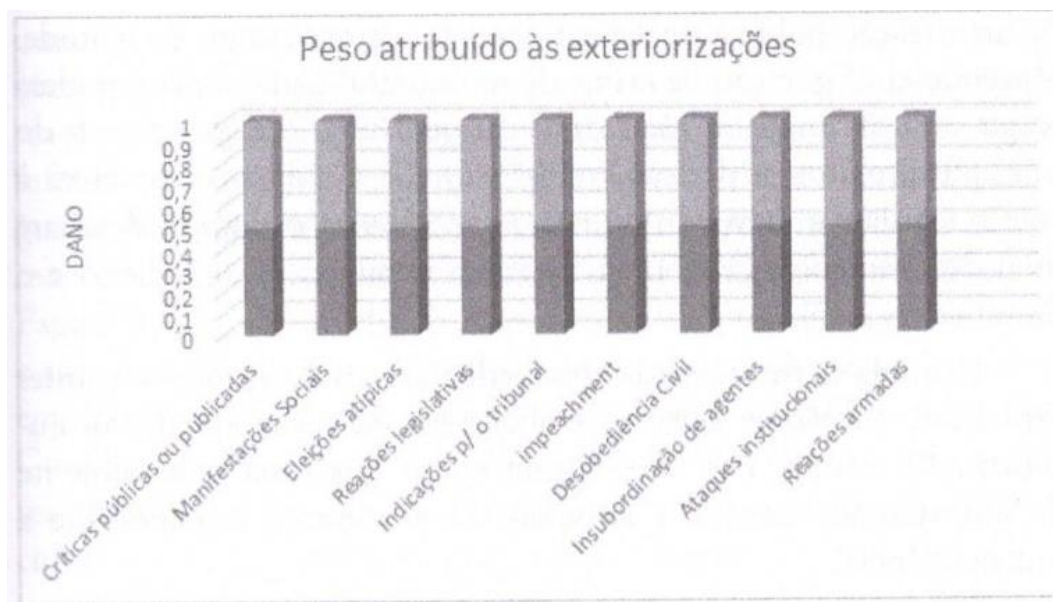
³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277/DF. Rel. Min. Ayres Britto. Julgado em: 05 de mai. de 2011. Disponível em:<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 27 de out. de 2022.

³⁴ Art. 2º Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.583, de 16 de outubro de 2013. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. Brasília, Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em:<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01i3uru0t34f7s166ml9ykjr1a11741615.node0?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013>. Acesso em: 27 de out. 2022.

2.3.2. CLASSIFICAÇÕES EVOLUTIVAS DO EFEITO BACKLASH

O efeito *backlash* não é somente uma rejeição pública sobre uma decisão ou ato judicial, é muito mais do que isso, o *backlash* é uma revolta social sistematizada e generalizada em determinados focos da sociedade, justamente para retirar a força normativa de uma decisão judicial. Essa revolta social é exteriorizada em diversas condutas e movimentos da sociedade.

Para melhor compreensão de como o *backlash* se exterioriza por meio de comportamentos sociais, Fonteles faz uma sistematização dessas exteriorizações ao investigar decisões controversas proferidas na história da humanidade, conforme figura abaixo (FIGURA 1):



Fonte: FONTELES, 2021.

Assim, Fonteles classifica, de maneira linear e cronológica um catálogo com os principais tipos de exteriorização do *backlash* (críticas públicas ou publicadas por veículos de mídia, manifestações sociais, eleições atípicas, reações legislativas, indicações para o Tribunal, impeachment de juízes, desobediência civil de decisões judiciais, insubordinação de agentes, ataques à instituição do Poder Judiciário e, por fim, reações armadas).

O fenômeno jurídico pode começar de maneira mais leve, por meio de críticas jornalísticas por veículos diversos de mídia, para manifestações, protestos, greves, acentuando-se aos poucos, ocorrendo a construção dessa rejeição a uma decisão judicial. Conforme a rejeição aumenta, pode-se tornar um problema mais sério, colocando em risco os próprios juízes e Tribunais, bem como o Estado Democrático de Direito, a partir do momento que o *backlash* se exterioriza em impeachment de juízes “inadequados” até ataques institucionais ao Poder Judiciário e reação armada. Fonteles então cria uma forma de cálculo de um indicador de impacto *backlash*..:

Cada exteriorização origina uma pergunta, cuja resposta pode ser graduada em três níveis: 0 – 0,5 – 1, conforme se trate, respectivamente, de uma manifestação ausente, fraca ou forte. [...] Por exemplo, se não houve reação legislativa, atribui-se 0 (zero). Se ocorreu de maneira fraca, 0,5 (zero vírgula cinco). Se forte, 1 (um) (FONTELES, 2021, p. 107).

Assim, de acordo com cada resposta desenvolvida para captar os alcances que uma exteriorização social elencada anteriormente causa, realiza a soma do valor de todas as respostas e divide pelo número de perguntas. Teremos o resultado, sendo uma variação de 0 a 1. Quanto mais elevado o valor se dará, maior o impacto *backlash* daquela exteriorização. Sendo de 0,1 a 0,3 (*backlash* de baixo impacto), de 0,35 a 0,6 (*backlash* de médio impacto), e, por fim, de 0,65 a 1,0 (*backlash* de alto impacto).

Lembrando-se que, segundo o entendimento do autor, as exteriorizações consideradas de forma isolada não fornecem necessariamente um diagnóstico seguro de seu impacto. Por este motivo, quando conjugados, podem ter uma atuação mais intensa e sistemática para análise de uma rejeição pandêmica. Mas não depende da quantidade, mas de uma análise sistêmica e de sua intensidade. Assim, tem-se uma visão sobre como funciona as exteriorizações mais comuns do efeito *backlash*, gerando diversos níveis de intensidade, no qual é possível chegar a um cálculo sistemático de como o fenômeno jurídico afeta o Poder Judiciário, bem como o próprio Estado Democrático de Direito.

2.4. DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

Os dois fenômenos jurídicos antagônicos discutidos e investigados, neste estudo, se conflitam frequentemente, de um lado em busca do cumprimento dos parâmetros constitucionais e direitos fundamentais, e de outro a busca do interesse de grupos majoritários, justificando-se a representar a democracia.

O ativismo judicial e o efeito *backlash* podem ter consequências positivas e negativas perante a sociedade e o Estado Democrático de Direito, conforme os casos e reflexões tratadas aqui. Neste contexto, e considerando o item essencial para este trabalho, é preciso destacar a necessidade de uma postura dialogal entre os poderes, pois:

[...] não é salutar atribuir a um órgão qualquer prerrogativa de dar a última palavra sobre o sentido da Constituição. Definitivamente, a Constituição não é o que o Supremo diz que ela é. Em matéria de interpretação constitucional, a Corte, composta por intérpretes humanos e falíveis, pode errar, como também podem fazê-lo os poderes Legislativo e Executivo. É preferível adotar – o “direito de errar por último”, abrindo-se a permanente possibilidade de correções recíprocas no campo da hermenêutica constitucional, com base na ideia de diálogo, em lugar da visão mais

tradicional, que concede a última palavra nessa área ao STF (SARMENTO, SOUZA NETO, 2012, p. 402-405).

Assim, a Suprema Corte dando a última palavra, a decisão judicial não pode ser desvalidada pelos demais Poderes. Porém, pode ser editada uma nova lei sobre o mesmo conteúdo, de forma bastante similar, a aquela lei anterior declarada inconstitucional pela Suprema Corte. Essa possibilidade é destinada ao Legislativo, que não foi alcançado pelos efeitos vinculantes das decisões de controle de constitucionalidade.

De acordo com Fabrício Resende, “é relevante observar ainda que mesmo as decisões do STF com eficácia contra todos e efeito vinculante para a Administração Pública não impedem a edição pelo Congresso Nacional de ato normativo semelhante ao que foi declarado inconstitucional, se entender que há razões para isso” (RESENDE, 2017, p. 40). Seguem os referidos autores:

Se o fato ocorrer, é muito provável que a nova lei seja também declarada inconstitucional. Mas o resultado pode ser diferente. O STF pode e deve refletir sobre os argumentos adicionais fornecidos pelo Parlamento ou debatidos pela opinião pública para dar suporte ao novo ato normativo, e não ignorá-los, tomando a nova medida legislativa como afronta à sua autoridade. Nesse interim, além da possibilidade de alteração de posicionamento de alguns ministros, pode haver também a mudança na composição da Corte, com reflexos no resultado do julgamento (SARMENTO, SOUZA NETO, 2012, p. 402-405).

Como investigado neste estudo, com críticas de diversos juristas, e de acordo com o Estado Democrático de Direito (vontade majoritária), não seria a Suprema Corte (Poder Judiciário) a mais bem legitimada para dar a última palavra, como também não deveria jamais ser destinada somente ao Congresso Nacional, já que possui a função legislativa.

A postura dialogal implica a admissão de que a Corte Suprema e o Congresso Nacional são atores legitimados ao exercício da hermenêutica constitucional, de modo a afastar toda sobreposição hierárquica por parte de qualquer um deles. Sendo assim, a teoria dos diálogos institucionais contempla a atuação política da tripartição de poderes, com o objetivo de ultrapassar o monopólio da Suprema Corte na hermenêutica constitucional, legítimo para dar a última palavra. Busca-se a convivência harmônica e independente, entre os poderes, para manter uma linha adequada de diálogo a respeito de temas importantes para o povo.

O Parlamento (Poder Legislativo) assumiria o papel interlocutor na interpretação constitucional, empenhando seu papel de instância representativa do povo. Nesse sentido, diz Rousseau que, “o poder legislativo é o coração do Estado, o poder executivo o cérebro que dá movimento a todas as partes. O cérebro pode cair em paralisia, e o indivíduo continuar a viver” (ROUSSEAU, 2000, p. 81), assim a vontade parlamentar é indispensável à interpretação constitucional, pois são representantes que passaram pelo sufrágio eleitoral.

Alguns métodos podem contribuir a favor da postura dialogal entre a Corte e o Parlamento. Em vez de simplesmente adiar decisões de grande repercussão na sociedade, a Corte usaria decisões provisórias para captar a reação social para progredir com juízos que já desenvolvem sua forma final. Assim, ingressa as virtudes passivas, que “representam uma vantagem inicial para evitar que a corte posiciona-se definitivamente, em prejuízo da sua função de guardião, demonstrando cautela e cuidado para com as decisões, principalmente, de cunho político” (GONÇALVES, 2020, p. 37), mesmo assim, garantindo sua função contramajoritária e guardião do texto normativo constitucional, mesmo que prejudicada, não se confundindo com a auto-contenção judicial³⁵.

No Brasil, o próprio Ministro do Supremo Tribunal Federal conta ter tentado, de diversas formas desde que tomou posse do cargo na Corte, um diálogo harmônico com o

³⁵ “A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas”. BARROSO, 2009, p. 15.

Parlamento. Em situações em que o legislador se mantém inerte ou omissivo, o Ministro comunicou e propôs soluções que deveriam ser aplicadas dentro de alguns meses ou um ano, para que o próprio Parlamento pudesse tratar sobre o conteúdo. Porém, “A ideia não se tornou dominante, mas acho que tem uma chance razoável de ser adotada em algumas situações” (BARROSO, 2018, p. 2180), aos poucos, com as tentativas de diálogos entre os Poderes, há uma chance de harmonizar esse grande conflito.

CONCLUSÃO

O objetivo do presente estudo foi alcançado, qual seja, a investigação da importância do protagonismo do Poder Judiciário na concretização dos direitos das minorias, seus limites constitucionais e a participação do legislador na interpretação constitucional.

As minorias muitas vezes não são atendidas pelo legislador e por políticas públicas, por mera omissão de interesses, dessa forma, o Judiciário tem maior interferência no espaço de atuação dos outros Poderes, justamente por seu papel de concretização dos fundamentos, princípios, valores e fins constitucionais. Assim, torna-se fundamental o papel contramajoritário, como o ativismo judicial, que age para atingir e concretizar os valores e fins constitucionais.

O papel contramajoritário assume uma importante função de proteção a direito das minorias, atuando no sentido de proteção e reconhecimento de direitos e garantias básicas a um grupo social marginalizado. Porém, o ativismo judicial gera o que chamamos de efeito backlash. É uma forte reação de rejeição, político-social, que uma decisão judicial, acompanhadas de medidas agressivas com o objetivo de remover sua força normativa ou combater a autonomia da Corte Suprema.

O ativismo judicial e o efeito backlash podem ter consequências positivas e negativas perante a sociedade, como diversos casos estudados nesta pesquisa. Neste contexto, e

considerando o item essencial para este trabalho, é preciso destacar a necessidade de uma postura dialogal entre os poderes.

A postura dialogal implica justamente na admissão de que a Corte Suprema e o Congresso Nacional são atores legitimados ao exercício da interpretação constitucional. É necessária uma relação harmônica e independente, entre os Poderes, na interpretação constitucional, aproximando os representantes do povo de forma participativa.

Assim, conclui-se na importância da participação dos Poderes no papel de intérprete da Constituição, respeitando-se o Estado Democrático de Direito, mas também como a independência e funções típicas e atípicas dos Poderes da República.

Não há que se falar em supremacia judicial ou parlamentar, mas em supremacia da Constituição, com contribuição do Poder Judiciário e dos Poderes Políticos (Executivo e Judiciário), por meio de diálogos institucionais, pressuposto do Estado Democrático de Direito, não somente e busca do interesse da maioria, mas com respeito aos direitos e garantias das minorias assegurados pelos princípios e objetivos constitucionalmente traçados. Lembrando sempre que “uma verdadeira democracia é aquela onde todas as pessoas são tratadas com igual respeito e consideração” (CUNHA JUNIOR, 2010, p. 59), esse é a real função da democracia.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Lei Fundamental de Bonn. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Tradutor: Assis Mendonça, Aachen. Ed jun. 2022. Disponível na íntegra em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 18. set. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. Direito & Práxis. Rio de Janeiro, vol. 9, n. 4, 2018, p. 2171-2228.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª ed. Editora Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. *Suffragium*. Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v.5. n.8. p. 1-177. Jan/dez. 2009.

BICKEL, Alexander Mordecai. **A ética do consentimento**. Rio de Janeiro, Editora Agir, 1978.
BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Brasília, Editora Universidade de Brasília, Vol. 1, 1ª ed. 1998.

BOANIVES, Paulo. **Ciência Política**. 8ª ed. São Paulo, Editora Malheiros, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17. set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ne 4.983/CE**. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 06 de outubro de 2016. Disponível em:<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>>. Acesso em: 27. out. 2022.

BRASIL. **Lei n. 15.299, de 08 de janeiro de 2013**. Regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado do Ceará. Promulgada pelo Governador do Estado

do Ceará. Palácio da Abolição, do Governo do Estado do Ceará, em Fortaleza, 08 de janeiro de 2013. Disponível

em:<[BRASIL. **Emenda Constitucional n. 96**, de 6 de junho de 2017. Acrescenta §7º ao artigo 2258 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica. Mesa do Senado Federal. Disponível](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CF5C75D424C871E0CBFC4C57B95F1ACD.proposicoesWebExterno1?codteor=1501482&filenome=LegislacaoCitada+PEC+270/2016#:~:text=LEI%20N%C2%B0%2015299%2C%20DE%2008%20DE%20JANEIRO%20DE%202013&text=001%C2%B0%20%2D%20Fica%20regulamentada%20a,bovino%2C%20objetivando%20domin%C3%A1%2Dlo.>. Acesso em: 27. out. 2022.</p>
</div>
<div data-bbox=)

em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm>. Acesso em: 27.out.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito n. 4.781/DF**, de 16 de fevereiro de 2021. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível

em:<<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5651823>>. Acesso em: 27. Out. 2022.

BRASIL. **Proposta de Emenda Constitucional n. 3/2021**, de 24 de fevereiro de 2021. Altera os arts. 14, 27, 53, 102 e 105 da Constituição Federal, para dispor sobre as prerrogativas parlamentares e dá outras providencias. Autor: Celso Sabino – PSDB/PA e outros. Disponível

em:<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2270800>>. Acesso em: 27.out.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ**. Rel. Min. Ayres Britto. Julgado em: 05 de mai. de 2011. Disponível em:< <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 27.out.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277/DF**. Rel. Min, Ayres Britto. Julgado em: 05 de mai. de 2011. Disponível em:<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 27.out.2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.583**, de 16 de outubro de 2013. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. Brasília, Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em:<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01i3uru0t34f7s166ml9ykjyr1a11741615.node0?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013>. Acesso em: 27. out. 2022.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial**. Direito, Estado e Sociedade. Rio de Janeiro, n. 38, p. 154-180, jan./jun. 2011.
CANOTILHO, J.J. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Edições Almedina. 2003.p. 52

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 3 ed. Belo Horizonte, São Paulo. D'Plácido, 2020.

CAMPAGNOLI, Adriana de Fátima Pilatti Ferreira. **Uma análise do princípio contramajoritário como elemento do controle de constitucionalidade em um estado democrático de direito**. Revista da AJURIS, vol. 41, n. 113, marc, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. n. 14, p. 60-72, 2001.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 175 de 14/05/2013**. Dispõe sobre a habilitação, celebração civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. DJE/CNJ nº 89/2013, de 15/05/2013, p.2. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_175_14052013_16052013105518.pdf>. Acesso em: 27. Out. 2022.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 4ªed, ver. Salvador. JusPodivm, 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. Salvador. Editoria JusPodivm, 2011.

DOURADO, Edvânia A. Nogueira Dourado. **Dos três poderes de Montesquieu à atualidade e a interferência do poder executivo no legislativo no âmbito brasileiro**. V International Congress of History. Brasil. ISSN 2175-4446. P. 2638-2649. Set. 2017.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdade individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Editora Martins Fontes. 3ª Edição. 2021

ESPAÑA. **Constituição de Cádiz de 1812**. na íntegra. Disponível em:
<http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_cadiz.pdf>. Acesso em: 17.out.2022.

FRANCISCO, José Carlos. **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivo ao ativismo judicial**. Del Rey Editora. 2012.

FONTELES, Samuel Sales. **Direito e backlash**. 2.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. ISBN 978-65-5680-389-0.

GONÇALVES, Heloisa Alva Cortez. **A corte no país da imprevisibilidade: o papel contramajoritário das cortes, as virtudes passivas de Alexander M. Bickel e a judicial review no estado democrático brasileiro**. Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos, Natal, v.13, n.2, ago./dez. 2020. ISSN 1982-310X

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. Editora Safe. 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Batista. 6ª ed. Martins Fontes, São Paulo, 1998.

KOZICKI, Katya. **Um contraponto fraco a um modelo forte: o supremo tribunal federal, a última palavra e o diálogo**. Sequência, Florianópolis, n. 71, p. 107-132, dez. 2015.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2020.

MALMERLSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 6º ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MOLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32ºed. São Paulo. Editora Atlas, 2016.

PASOLD, César Luiz. **Ensaio sobre a Ética de Norberto Bobbio**. 2. ed. atual. e ampl. – Itajaí, SC: ed. da UNIVALI, 2021.

PETKOVA, Bilyana. KLEINLEIN, Thomas. **Federalism, rights, and backlash in Europe and the United States**. Oxford University Press and New York University School of Law, I.CON, vol. 15, nº 4, 1066-1079, 2017.

PORTUGAL. **Constituição Portuguesa de 1822**, na íntegra. Disponível em:
<<https://www.laicidade.org/wp-content/uploads/2006/10/constituicao-1822.pdf>>.
Acesso em: 17 set. 2022

RESENDE, Fabricio Contato Lopes. **Diálogo institucional entre os poderes legislativo e judiciário por meio do controle de constitucionalidade dos atos normativos do Congresso Nacional pelo STF no período de 1988 a 2013.** Tese (Doutorado – Programa de Pós-graduação em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Ativismo judicial e estado de direito.** 2009.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato Social ou princípios do direito político.** Tradução: Pietro Nassetti. Editora Martin Claret Ltda. São Paulo, 2000.

SANTOS, Bruna Izídio de Castro Santos. **O Princípio Contramajoritário como Mecanismo Regulamentador da Soberania.** Presidente Prudente. Revista Eletrônica da Toledo Prudente, 2015.

SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Claudio. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Uma crítica à objeção contramajoritária ao controle judicial de constitucionalidade.** Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Curitiba, PR. ABDConst., 2013. ISBN 978-85-65693-01-1

SIEGEL, Reva. POST, Robert. **Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash.** Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review (Harv. C.R.-C.L. L. Rev.) p. 373-433, vol. 42, 2007.

SUSTEIN, Cass R. **Backlash's Travels**. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review (Harv. C.R.-C.L. L. Rev.) p. 435-449, vol. 42, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV, São Paulo. P. 441-464. jul./dez., 2008.

WHITTINGTON, Keith E. **Political foundations of judicial supremacy: the president, the supreme court, and constitutional leadership in U.S. history**. Princeton University – Department of Political Science. marc., 2007.

WOGEL, Lucas Furlan de Freitas. **O ativismo judicial como efetivo garantidor dos direitos fundamentais**. Revista Paradigma, Ribeirão Preto/SP. a. XXV, v 29, n.3, p. 295-322, set/dez 2020. ISSN 2318-8650.

347 U.S. 483 (1954). **Brown v. Board of Education of Topeka**. Julgado em: 17 de maio de 1954. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>>. Acesso em: 27.out.2022.