

**UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO  
FACULDADE DE DIREITO “LAUDO DE CAMARGO”  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ANGELA CAROLINA SONCIN**

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O EFEITO *BACKLASH*:  
DILEMAS E DESAFIOS NO CONTEXTO DOS DIÁLOGOS  
INSTITUCIONAIS**

**RIBEIRÃO PRETO**

**2021**

**ANGELA CAROLINA SONCIN**

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O EFEITO  
*BACKLASH*: DILEMAS E DESAFIOS NO CONTEXTO DOS  
DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Tomaz de Oliveira

**Ribeirão Preto**

**2021**

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento  
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto -

S698a      Soncin, Angela Carolina, 1982-  
desafios no      Controle de constitucionalidade e o efeito *Backlash*: dilemas e  
contexto dos diálogos institucionais / Angela Carolina Soncin.  
Ribeirão Preto, 2021.  
126 f.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Tomaz de Oliveira.

Dissertação (mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto –  
UNAERP, Direitos coletivos e Cidadania, Ribeirão Preto, 2021.

1. Ativismo Judicial . 2. Separação de Poderes. 3. Controle de  
Constitucionalidade . I. Título.

**ANGELA CAROLINA SONCIN**

**ATIVISMO JUDICIAL E O EFEITO BACKLASH: DILEMAS E DESAFIOS NO  
CONTEXTO DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS**

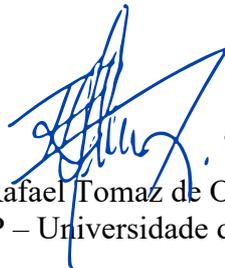
Dissertação de Mestrado apresentada ao  
Programa de Pós-Graduação em Direito  
da Universidade de Ribeirão Preto para  
obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania

Data da defesa: 30 de março de 2021

Resultado: Aprovada

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Rafael Tomaz de Oliveira  
Presidente/UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto



Prof. Dr. Georges Abboud  
PUC/SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo



Prof. Dr. Juvêncio Borges Silva  
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto

RIBEIRÃO PRETO  
2021

*“Aos meus” – que conhecem os meus defeitos, mas sempre enaltecem as minhas qualidades – por uma vida de apoio, carinho, paciência e compreensão.*

## AGRADECIMENTOS

Manifesto minha gratidão em especial e particular:

A Deus, pela luz divina que faz recair sobre mim, dando-me força para sempre continuar, mesmo quando as situações insistem em querer me fazer desistir.

Ao meu marido Sergio, pela paciência, pelos infinitos debates jurídicos e por sempre me incentivar a seguir.

Aos meus pais pelo respeito, amor, incentivo e dedicação que sempre me foram dispensados, fazendo com que cada vez mais e sempre por eles eu buscasse render o melhor de mim.

À minha querida irmã Ana, *in memoriam*, pela companhia, amor e boas vibrações em todos os passos da minha vida.

Aos meus irmãos Ademir e Alexandre e a meus sobrinhos Vinícius, João Paulo, Alexandre, Rafael e André pelo apoio e pela alegria que me proporcionam pelo simples fato de existirem.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Rafael Tomaz de Oliveira, pela orientação e atenção despendida, as quais foram substanciais para que eu pudesse concluir este trabalho.

Aos professores do Mestrado, Lucas de Souza Lehfeld, Maria Cristina Vidotte Bianco Tárrega, Juvêncio Borges Silva e Adalberto Simão Filho, pelo prazer de ser aluna e ouvir suas brilhantes colocações, contribuindo para meu crescimento como profissional e ser humano.

Ao Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho, que infelizmente não tive a honra de ser aluna neste curso, pelas palavras de apoio e incentivo no momento em que mais precisei.

Ao Prof. Me. Marcelo Braghini, pela amizade e apoio no estágio-docência, na pessoa de quem estendo meus agradecimentos e admiração a todos os professores do curso.

Ao Coordenador e professor do Mestrado, Prof. Dr. Sebastião Sergio da Silveira, pelo brilhante curso apresentado, pelo profissional de altíssimo gabarito e pessoa extremamente amável e atenciosa.

À Diretora Neide Aparecida de Souza Lehfeld, pelo sempre pronto suporte aos alunos e atenção aos detalhes para melhor desenvolvimento de todos.

À Patrícia Araujo Machado Riul, secretária do curso de pós-graduação, pela paciência e por sua proatividade em todos os momentos em que precisei.

À Ana Luisa de Oliveira, bibliotecária, pela enorme ajuda, estendendo, na sua pessoa, meus agradecimentos a todos os funcionários da Unaerp que ajudaram, seja direta ou indiretamente, para que este sonho acontecesse.

Aos meus amigos de Mestrado, cada qual com sua particularidade, amorosidade e leveza, que foram capazes que alegrar meu coração em um momento em que a situação insistia em não me deixar sorrir. Meu eterno muitíssimo obrigada a todos!

*O mau uso do direito é tão ameaçador para a democracia  
como seu pouco uso.*

Antonie Garapon

## RESUMO

O protagonismo do Judiciário é o assunto de debate entre os estudiosos do Direito quando se está diante de discussões envolvendo a separação dos poderes, o controle de constitucionalidade e o ativismo judicial, assim como o efeito *backlash*, uma vez que surgem inúmeras discussões acerca de sua necessidade para a efetiva entrega dos direitos fundamentais, ante a inércia dos demais Poderes, ou ainda, sobre os limites para sua atuação. Deste modo, o presente trabalho se justifica dada a insegurança jurídica trazida pelo ativismo judicial frequentemente encontrado e a dificuldade existente de implementação dos diálogos institucionais a fim de minimizar o efeito *backlash* quando são proferidas decisões capazes de alterar o *status quo ante*, assim como quando é evidente o ativismo judicial. Diante disso, o presente trabalho tem por objetivo estudar o ativismo judicial e o efeito *backlash* – verificando se estes estão diretamente ligados –, assim como a separação dos Poderes e a realização do controle de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, apresentando dilemas e desafios no contexto dos diálogos institucionais. Para tanto, será realizada uma pesquisa qualitativa do tema a ser examinado, utilizando a técnica da pesquisa bibliográfica, com base em materiais como teses, dissertações, livros, revistas científicas, artigos e anais de eventos científicos. Além disso, será realizado um levantamento e o estudo de legislações, decretos, resoluções e projetos de lei sobre o tema. Deste modo, será possível apresentar como resultado a necessidade de se repelir decisões ativistas, assim como de se realizar os diálogos institucionais para a concretização dos direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Ativismo Judicial. Separação de Poderes. Controle de Constitucionalidade. Diálogos Institucionais. Efeito *backlash*.

## ABSTRACT

The key role of the Judiciary is a subject of dispute among law scholars when it comes to discussions concerning the separation of powers, constitutionality control, judicial activism, as well as the backlash effect. This comes about since numerous debates arise on its actual need for the effective delivery of fundamental rights, in the face of the inertia of the other Powers, or even on the limits for its operation. Therefore, the present work is justified given the legal uncertainty brought about by the judicial activism, frequently detected, and the existing difficulty of implementing institutional dialogues that would mitigate the backlash effect which can be identified when decisions made are capable of changing the *status quo ante*, as well as when the judicial activism is manifest. Thus, this investigation aims to carry out a study on judicial activism and the backlash effect assessing if they both are directly linked. Furthermore, it examines the separation of powers and the accomplishment of constitutionality control by the Judiciary, by showing existing dilemmas and challenges in the context of institutional dialogues. To this end, a qualitative research will be undertaken on the topic, through a literature survey, which includes theses, dissertations, books, scientific journals, articles and annals of scientific events. Furthermore, a survey and examination of laws, decrees, resolutions and bills on the subject will be performed. This way, it will be possible to present, as a result, the need to object activist decisions and to develop institutional dialogues for the achievement of fundamental rights.

**Keywords:** Judicial Activism. Separation of Powers. Constitutionality Control. Institutional Dialogues. Backlash effect.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>13</b>
<b>2</b>	<b>DO ATIVISMO JUDICIAL</b>	<b>16</b>
2.1	ORIGENS DO ATIVISMO JUDICIAL	16
2.2	CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL	18
2.3	POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO QUANTO A LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL	23
2.4	DIFERENCIAÇÃO ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	27
2.5	RISCOS E CONSEQUÊNCIAS DO ATIVISMO JUDICIAL	31
<b>3</b>	<b>DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b>	<b>37</b>
3.1	DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	38
3.2	DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	42
3.2.1	O Constitucionalismo Popular e as Teorias do Diálogo Constitucional	51
<b>4</b>	<b>DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS</b>	<b>56</b>
4.1	DAS TEORIAS ESTRUTURAIS DO DIÁLOGO	58
4.1.1	Teoria do Equilíbrio	59
4.1.2	Teoria da Parceria	60
4.1.3	Fusão Dialógica	61
4.2	DO MINIMALISMO JUDICIAL	62
4.2.1	Da Dificuldade Contramajoritária e das “Virtudes Passivas”	62
4.2.2	Constitucionalismo Democrático <i>versus</i> Minimalismo Judicial	68
<b>5</b>	<b>O EFEITO <i>BACKLASH</i></b>	<b>71</b>
5.1	CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO EFEITO <i>BACKLASH</i>	73
5.2	O EFEITO <i>BACKLASH</i> SOB A ÓTICA DO DEBATE ENTRE O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E O MINIMALISMO JUDICIAL	78
5.3	EFEITO <i>BACKLASH</i> NOS ESTADOS UNIDOS E NO BRASIL	82
5.3.1	Cortes Estadunidenses e o Efeito <i>Backlash</i>	83
5.3.1.1	Caso <i>Brown v. Board of Education of Topeka</i>	83
5.3.1.2	Caso <i>Obergefell v. Hodges</i>	87

5.3.1.3 Caso <i>Roe v. Wade</i>	90
5.3.2 Efeito <i>Backlash</i> no Brasil	92
5.3.2.1 A vaquejada	92
5.3.2.2 O reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar	98
5.3.2.3 Criminalização da homofobia	103
5.4 OS IMPACTOS DO EFEITO <i>BACKLASH</i>	108
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	<b>111</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>115</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário, nos últimos tempos, tem ocupado posição de destaque em questões sociais e políticas sob o fundamento da necessidade de concretizar os direitos fundamentais previstos na Constituição. Diante disso, é chamado frequentemente para dirimir questões sociopolíticas e, por muitas vezes, acaba proferindo decisões carregadas de subjetivismo, extrapolando e conferindo mais direitos (quando não os negando) dos que os autorizados por lei; ou, ainda, acaba por tratar de matérias cuja competência, há quem entenda, não seja propriamente do Poder Judiciário, mas de outros Poderes estatais, resultando em consequências para a sociedade como um todo.

Assim, as diversas decisões proferidas pelos Tribunais e pelos juízes de primeiro grau envolvendo matérias sociopolíticas, aliadas ao crescente número de ações abarcando estas matérias, vêm alimentando as discussões sobre a judicialização da política, como também sobre a forma de atuação do Poder Judiciário, ante a frequente vertente ativista encontrada em suas decisões.

Conforme demonstraremos ao longo desta dissertação, há grande divergência acerca da legitimidade desta atuação proativa do Poder Judiciário. Enquanto alguns doutrinadores defendem que essa postura extrapola os limites de suas atribuições, importando, inclusive, na desnaturação da sua atividade típica em prejuízo dos demais Poderes, outros defendem que a atuação proativa é garantida pela Constituição, e que somente desta forma, o Estado Democrático de Direito poderá ser garantido.

Outro ponto, o qual enfrentaremos neste estudo, é o efeito *backlash*, que consiste na reação, social e/ou política à decisão judicial proferida envolvendo temas controvertidos, em sede de controle de constitucionalidade, de caráter contramajoritário, que altera o *status quo ante*.

Sendo assim, a grande discussão envolvendo este tema gira em torno da motivação do efeito *backlash*, ou seja, se o ativismo judicial – quando presente em uma decisão contramajoritária proferida pelo Tribunal – é determinante para a existência do efeito *backlash*, ou se esse efeito pode ser identificado mesmo quando ausente o caráter proativo da decisão.

Há quem sustente que as decisões contramajoritárias, com a alteração do *status quo ante*, são motivadoras do efeito *backlash*, ainda que não sejam ativistas, uma vez que, mesmo que se proibam decisões proativas dos Tribunais, o efeito *backlash* existirá. Por outro lado, há quem argumente que o ativismo judicial é o motivador do efeito *backlash*, uma vez que a falta de regulamentação acerca de temas controvertidos, aumenta a reação da social e/ou política.

Mas há ainda quem defenda que este efeito independe da existência de decisões, sejam proativas ou não, pois surge antes mesmo das decisões serem proferidas, ou seja, nascem com a matéria divergente e o clamor social.

De qualquer forma, apesar da discussão doutrinária, há uma natural conexão entre o ativismo judicial e o efeito *backlash*, sobretudo quando da existência de decisões contramajoritárias, haja vista a ausência de legislação pertinente e a judicialização de questões sociopolíticas. Assim, ante a natural confluência, qualquer análise isolada destes fenômenos dificultaria a entrega de bons resultados.

Ademais, pretendemos, tendo em vista a notoriedade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário envolvendo questões sociopolíticas nos últimos tempos, e as discussões a respeito do tema, realizar o estudo das teorias dialógicas como possível mecanismo para viabilizar a interação dos Poderes Legislativo e Judiciário, como também da sociedade, na solução de conflitos, uma vez que assim seria viável estabelecer um equilíbrio nas relações entre os poderes políticos.

Diante disso, nossa pesquisa será estruturada da seguinte forma: inicialmente, abordaremos o ativismo judicial, trazendo sua origem, conceitos, divergências, além dos riscos e das consequências da atividade ativista. Na sequência, faremos um breve estudo acerca da separação dos Poderes, com destaque para o constitucionalismo popular e para as teorias do diálogo constitucional. Ato contínuo, levantaremos os principais pontos e discussões acerca dos diálogos institucionais, finalizando com o efeito *backlash*, com destaque para o debate entre o constitucionalismo democrático e o minimalismo judicial, como também para decisões polêmicas norte-americanas e brasileiras proferidas pelos Tribunais.

Deste modo, buscaremos, nesse contexto, e por meio de uma análise conceitual, histórica e consequencial do ativismo judicial e seus efeitos, avaliar sua legitimidade e as consequências de sua aplicação. Destacaremos sua existência, o efeito *backlash*, casos concretos e suas repercussões sociais, assim como os dilemas e os desafios encontrados no contexto dos diálogos institucionais por uma busca pela melhor solução dos problemas enfrentados pela sociedade. Para tanto, utilizaremos pesquisa bibliográfica, com base em teses, dissertações, livros, revistas científicas, artigos e anais de eventos científicos. Além disso, realizaremos o levantamento e o estudo de decisões judiciais, legislações, decretos, resoluções, projetos de lei e ampla doutrina nacional e internacional sobre o tema.

Dentre os autores que estudam o tema, analisaremos os trabalhos de Alexander Bickel, Cass Sunstein, Robert Post, Reva Siegel, Linda Greenhouse, Jürgen Habermas, Michael Klarman, Larry Kramer, Jeremy Waldron, Antoine Garapon, Lenio Streck, Elival da Silva

Ramos, Sérgio Antônio Ferreira Victor, Maria Eugênciã Bunchaft, Vera Karam de Chueiri, Vanice Regina Lírio do Valle, Georges Abboud e Luís Roberto Barroso.

Investigaremos decisões proferidas pelos Tribunais do Brasil e pelas Cortes estadunidenses envolvendo discussões sociopolíticas de grande repercussão na sociedade, como a prática da vaquejada, o reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar e a criminalização da homofobia, no Brasil, e os casos *Brown v. Board of Education*, *Obergefell v. Hodges* e *Roe v. Wade* , nas cortes estadunidenses.

Desta forma, para a realização da nossa dissertação, utilizaremos fontes secundárias visando melhor elucidar o tema, de modo a demonstrar a importância da discussão sobre as consequências da atividade proativa dos Tribunais (ativismo judicial), assim como o efeito *backlash* com destaque aos dilemas e aos desafios no contexto dos diálogos institucionais.

Por fim, importante consignarmos que nossa pesquisa está inserida na área de concentração do programa Direitos Coletivos e Cidadania (Linha de pesquisa n. 1 – Concreção de Direitos Coletivos e Cidadania), na medida em que serão discutidas questões ligadas à atuação do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito e as repercussões políticas de suas decisões, temas que são, na ordem do dia, tanto relacionados à cidadania, como também à concretização dos direitos de cunho coletivo, envolvendo questões, por exemplo, relativas às manifestações culturais, a exemplo da vaquejada.

## 2 DO ATIVISMO JUDICIAL

Nos últimos anos, o Poder Judiciário, quando da realização de sua atividade jurisdicional em questões sociopolíticas, principalmente envolvendo matérias polêmicas e de grande repercussão na sociedade, tem desempenhado um papel absolutamente ativo, gerando divergência de entendimentos no âmbito doutrinário.

Desse modo, são muitas as discussões acerca do ativismo judicial, uma vez que existe um impasse entre a necessidade e a legitimidade desta atuação proativa por parte do Poder Judiciário, criado pela existência de morosidade na atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, a impor uma atuação proativa ao Poder Judiciário, especialmente em temas de direitos fundamentais, de um lado, e pelo risco da criação de insegurança jurídica, bem assim à separação dos Poderes e à democracia, de outro.

Assim, o presente capítulo tem por escopo estudar o fenômeno do ativismo judicial presente em algumas das decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Para tanto, analisaremos sua origem e conceituação, os posicionamentos doutrinários a respeito das práticas ativistas, como também as premissas do que entendemos por ativismo judicial, com destaque para os riscos e as consequências decorrentes deste ativismo à sociedade e à segurança jurídica como um todo.

### 2.1 ORIGEM DO ATIVISMO JUDICIAL

Nesta seção, para o melhor entendimento do fenômeno do ativismo judicial, abordaremos o movimento histórico em torno deste ativismo, com destaque para a discussão doutrinária existente acerca de sua origem, significado e abrangência.

No que tange ao marco inicial do ativismo judicial, Barroso (2009, p. 7) sublinha que sua primeira manifestação surgiu com a atuação conservadora da Suprema Corte americana, quando de decisão importante sobre segregação racial e invalidação das leis sociais:

as origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (*Era Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937).

Ainda nesse sentido, Barroso (2009, p. 7) afirma que a situação se inverteu a partir da década de 1950:

a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973).

Por outro lado, Gomes (2009) observa que a expressão “ativismo judicial” foi mencionada pela primeira vez em 1947 pelo jornalista estadunidense Arthur Schlesinger, em reportagem acerca da Suprema Corte norte-americana. Segundo o jornalista, o ativismo judicial se configura nas hipóteses em que o juiz interpreta a Constituição de modo a garantir direitos por ela tutelados, especialmente direitos sociais econômicos.

Alinhados a este entendimento, Trindade e Oliveira (2016, p. 758) sublinham que a expressão “ativismo judicial” foi empregada originariamente em 1947,

no artigo de Arthur Schlesinger Jr., sob o título “The Supreme Court: 1947”, publicado na revista *Fortune* – que é um conhecido periódico sobre negócios –, no qual se discutia o perfil dos juízes que à época integravam a Suprema Corte, classificando-os como “ativistas”, “campeões da autocontenção” e “moderados”.

Apesar disso, os autores destacam que a leitura do artigo não permitia vislumbrar o sentido atribuído pelo jornalista à expressão “ativismo judicial”, mas que esta expressão, nada obstante cunhada por um jornalista, acabou sendo rapidamente incorporada pelos juristas, “especialmente os estudiosos de teoria do direito, filosofia do direito e direito constitucional, na medida em que diz respeito à legitimidade democrática e aos limites da jurisdição nos processos de criação, interpretação e aplicação das normas jurídicas” (TRINDADE; OLIVEIRA, 2016, p. 758).

Assim, na contemporaneidade, a expressão ganhou contornos diferentes e começou a ser utilizada para designar a atuação judicial criativa de uma norma jurídica, de um direito não previsto expressamente no ordenamento jurídico.

Passou, então, a expressão ativismo judicial a ser utilizada para aferir a atuação da Suprema Corte Estadunidense, ora com conotação positiva, como no caso *Brown v. Board of Education*<sup>1</sup>, ora com conotação negativa, quando ao termo é aplicada a ideia de extrapolação

---

<sup>1</sup> No caso *Brown v. Board of Education*, a Suprema Corte norte-americana decidiu pelo fim da legalidade da separação racial nas escolas, declarando sua inconstitucionalidade. Detalharemos melhor o tema na seção 5.3.1.1 desta pesquisa.

de competência do Poder Judiciário<sup>2</sup>, causando divergências de entendimentos, os quais analisaremos ao longo deste estudo.

No Brasil, segundo Trindade e Oliveira (2016, p. 761), “[...] o ativismo judicial ainda pode ser considerado um tema emergente, que vem suscitando o desenvolvimento de muitas pesquisas e resultando na publicação de inúmeros artigos científicos e livros, sobretudo na última década”. Trata-se, ainda, de tema com tratamento inacabado na doutrina brasileira.

Ressaltamos que a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi um marco importante no Brasil, uma vez que alterou a forma como era, até então, concebido o exercício da jurisdição no país. A partir de então, violações foram substituídas por direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, revelada a transição do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito e estabelecidas garantias no ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme destacam Kozichi e Araújo (2015, p. 114), a Constituição Federal “trouxe novas ações constitucionais, ampliou o escopo material da revisão judicial e legitimou novos sujeitos”. Diante disso, verificamos um crescimento da participação do Poder Judiciário, e, por consequência, do seu protagonismo, com destaque para o ativismo judicial.

De todo modo, o Poder Judiciário deve observar suas atribuições de maneira a não extrapolar suas competências e abalar as estruturas do Estado Constitucional com decisões ativistas carregadas de convicções pessoais em detrimento dos ditames constitucionais.

A análise da origem do ativismo judicial, com seus desdobramentos históricos, assim como a importância da Constituição Federal neste contexto, auxiliará nossa compreensão acerca da conceituação do ativismo judicial, assim como as divergências de entendimentos sobre o tema, as quais analisaremos na sequência.

## 2.2 CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL

Apesar da divulgação de amplos debates, de inúmeros artigos científicos já publicados e de diversos livros lançados sobre o tema, o ativismo judicial ainda é um assunto relativamente novo no Brasil e causador de diversas controvérsias, as quais se acirram quando a discussão envolve sua conceituação, o que nos motiva a realizar este estudo.

---

<sup>2</sup> Apesar da observação posta no presente parágrafo, não corroboramos com a ideia de que exista o bom e o mau ativismo. Compreendemos que esta classificação é dotada de subjetivismo e acontece quando a ideologia daquele que decide coincide com os interesses de quem classifica a decisão ativista como boa e vice-versa, o que torna frágil, ao nosso ver, a defesa desta classificação.

Os conceitos atribuídos ao fenômeno do ativismo judicial têm por base a avaliação do exercício da atividade jurisdicional e as consequências da decisão ativista, tornando, portanto, sua conceituação variável, a depender do ponto de partida.

Inicialmente, ainda que de forma sucinta, realizaremos uma análise comparativa entre os institutos da *common law* (anglo-saxão) e da *civil law* (romano-germânico) no que tange à sua influência sobre a conceituação de ativismo judicial, haja vista que “o lugar atribuído às decisões judiciais entre as fontes do direito opõe os direitos da família romano-germânica à *common law*” (DAVID, 1993, p. 117 *apud* RAMOS, 2010, p. 104).

Para Abboud (2019, *ebook*), “o ativismo relaciona-se com o *common law*, primordialmente em virtude da dicotomia *easy cases vs. hard cases*<sup>3</sup>”, na qual a análise dos *hard cases* admite “a atuação discricionária do magistrado, campo no qual exercerá seu ativismo”.

Ao analisarmos o sistema *civil law*, verificamos que “a jurisprudência se move dentro de quadros estabelecidos para o direito pelo legislador, enquanto a atividade do legislador visa precisamente estabelecer esses quadros” (DAVID, 1993, p. 120 *apud* RAMOS, 2010, p. 105). Já na *common law*, é à jurisprudência que se confere maior destaque, devendo ser observados os precedentes existentes sobre o tema em julgamento.

Nos dizeres de Ramos (2010, p. 106), “diante de um precedente, os órgãos incumbidos do exercício da função jurisdicional se comportam como o fazem os magistrados nos sistemas romano-germânicos diante da Constituição ou da lei”, ou seja, verificando “a pertinência do julgado diante do caso que lhes é trazido a julgamento” (2010, p. 106), procedendo à interpretação do texto da decisão precedente. Na hipótese de haver pertinência do precedente para o caso, juiz ou tribunal, “produzirão a norma de decisão com base nos princípios gerais do *common law*, no raciocínio analógico ou na equidade, de forma similar ao procedimento de integração de lacunas nos sistemas de *civil law*” (2010, p. 106), com a diferença de que se essa decisão produzida for adotada por tribunal de apelação ou superior, “passará a constituir um precedente vinculativo” (2010, p. 106).

Apesar das semelhanças existentes entre a *civil law* e a *common law*, no que tange à conceituação do ativismo judicial, Cappelletti (1984, p. 142 *apud* RAMOS, 2010, p. 107) destaca que a atuação criativa do juiz se aplica a ambas as famílias, mas que, apesar disso, no que concerne ao “fenômeno de criação judiciária do direito”, há diferença de grau entre os sistemas jurídicos de uma e de outra família jurídica.

---

<sup>3</sup> Teoria desenvolvida por Herbert Hart. Sobre o tema, recomenda-se a leitura: HART, Herbert. **O conceito de direito**. Fundação Calouste Gulbenkian, 1961.

Assim, no sistema *common law*, podemos dizer que os tribunais são produtores dos precedentes e neles se baseiam para a tomada de decisões, ao passo que no sistema *civil law* o ativismo judicial é visto como ato do Poder Judiciário, que viola a separação dos Poderes.

Deste modo, torna-se mais difícil conceituar e, por consequência, identificar a atividade ativista no sistema *common law* em relação ao sistema *civil law*, uma vez que não seria fácil distinguir, no *common law*, o ativismo (no sentido de desvio de função por parte do Poder Judiciário) de uma atividade ativa, mas, ainda assim, dentro dos limites jurisdicionais permitidos (RAMOS, 2010).

Podemos dizer que no sistema *common law* se identifica uma conceituação mais ampla do que vem a ser o ativismo judicial, o qual

abarca desde o uso da interpretação teleológica, de sentido evolutivo, ou a integração de lacunas, em que o Poder Judiciário atua de forma juridicamente irrepreensível, até as situações (raras, na perspectiva jurisprudencial da família anglo-saxônica) em que os limites impostos pelo legislador são claramente ultrapassados, configurando-se, pois, desvio de função por parte do órgão jurisdicional. Não há, pois, necessariamente, um sentido negativo na expressão “ativismo”, com alusão a uma certa prática de jurisdição. Ao contrário, invariavelmente o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao “passivismo” [...] (RAMOS, 2010, p. 110).

Há, portanto, neste sistema, como destaca o autor, uma vertente positiva na atividade ativista do Poder Judiciário; é como se no ativismo o protagonismo do julgador trouxesse melhor adequação e adaptação do direito ao caso concreto, em contraposição à atitude passiva de simplesmente aplicar a norma.

Com isso, criou-se também a dificuldade de se identificar eventuais abusos de jurisdição em detrimento do Poder Legislativo, voltando-se a discussão, nos Estados Unidos, ligada à legitimidade do Poder Judiciário, tendo em vista a “ideologia democrática que permeia o sistema político norte-americano” (RAMOS, 2010, p. 110).

Não é, portanto, pacífica a ideia de que o ativismo praticado pelo Poder Judiciário possui vertente unicamente negativa. A atribuição de caráter negativo ou positivo ao ativismo judicial, como já ressaltamos, varia a depender do enfoque da análise realizada.

Para aqueles que se filiam ao literalismo (textualismo)<sup>4</sup> ou ao originalismo<sup>5</sup>, no entanto, qualquer prática que fuja do interpretativismo é ativista e possui características negativas (uma vez que o passivismo está assentado no literalismo e no originalismo), ao passo que os defensores do não interpretativismo atribuem ao ativismo judicial contornos positivos. Para estes, o passivismo judicial é que possui características negativas, e é por meio da interpretação da Constituição que se revela a possibilidade de adequação desta às mudanças sociais (RAMOS, 2010).

Nos dizeres de Dworkin (1999, p. 272), o direito como integralidade

é sensível às tradições e à cultura política de uma nação, e, portanto, também a uma concepção de equidade que convém a uma Constituição. A alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas mas, ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço algum à tirania.

Vale mencionarmos que o ativismo axiológico na doutrina estadunidense também comporta graduações,

compreendendo desde aqueles que admitem a ultrapassagem das limitações normativas apenas em defesa das regras do jogo democrático (procedimentalismo) até os que sustentam que a jurisdição constitucional deve ser amplamente ativista, por vislumbrarem por sobre a Constituição uma ordem objetiva de valores, refletida na tradição democrática do constitucionalismo americano (RAMOS, 2010, p. 133).

Assim, conceituar o que vem a ser o fenômeno do ativismo judicial não é, certamente, matéria fácil. São inúmeras as discussões acerca do tema, não somente no sistema estadunidense, mas também no brasileiro, e muitas as controvérsias.

A controvérsia, por muitas vezes, está contida na avaliação acerca da legitimidade de decisões proativas, ou, ainda, da análise quanto à existência ou não do “bom” ou do “mau” ativismo.

Neste sentido, enquanto Reis (2014, p. 50) destaca que no Brasil, sob o sistema da *civil law*, “no qual a interpretação do direito positivo prepondera, o ativismo judicial deve ser estudado como uma espécie de disfunção do exercício da função jurisdicional”. Outros autores, como Mello (2018) e Tavares (2008), por exemplo, entendem de forma diversa, defendendo o

---

<sup>4</sup> Consiste em uma teoria que considera apenas o texto da Constituição para a interpretação constitucional, ou seja, quando o Poder Judiciário interpreta, ele deve ter por base apenas o texto constitucional, comparando o artigo da Constituição e a matéria em discussão.

<sup>5</sup> Assemelha-se ao literalismo no que tange à utilização do texto literal da Constituição para realizar a interpretação, mas, por outro lado, possibilita também um olhar mais interpretativo ao texto, na tentativa de capturar o verdadeiro significado que os constituintes quiseram dar a ele.

ativismo como uma política judiciária legítima, afirmando pela necessidade de decisões proativas pelo Poder Judiciário, para que assim os direitos garantidos pela Constituição Federal sejam efetivamente alcançados.

Retomando-se a discussão acerca do “bom” e do “mau” ativismo, mencionamos o entendimento trazido por Abboud e Mendes (2019, p. 46), os quais defendem a impossibilidade de se diferenciar o ativismo em uma espécie boa e outra má, pois ativista será toda decisão “que se fundamente em convicções pessoais ou no senso de justiça do intérprete, à revelia da legalidade vigente, entendida aqui como legitimidade do sistema jurídico, e não como mero positivismo estrito ou subsunção rasteira do fato ao texto”.

Por outro lado, Ramos (2010, p. 132) observa:

No longo debate hermenêutico propiciado pela jurisdição constitucional estadunidense é preciso atentar para a ambiguidade do termo “ativismo”, que serve para caracterizar qualquer modalidade de não interpretativismo, mesmo que não destoante dos postulados positivistas. Diante disso, a expressão “ativismo judicial” possui uma carga valorativa positiva ou negativa, dependendo do enfoque teórico de quem realiza a avaliação das decisões judiciais.

Defende ainda o autor que as decisões judiciais são criativas e inovadoras, não porque geram “norma de decisão”, mas porque não se limitam “a reproduzir o que está nos textos paramétricos, os quais são desdobrados, adaptados e, porque não dizer, enriquecidos para poderem disciplinar adequadamente a situação fática que provocou a atuação da jurisdição” (RAMOS, 2010, p. 119).

Já para Abboud e Mendes (2019, p. 47), é justamente a noção de discricionariedade judicial que deve ser combatida, sendo necessário mudar

a mentalidade jurídica dominante, baseada, em muito, na ideia de “bom ativismo” e em uma defesa irrefletida do caráter discricionário da administração da justiça. No seu lugar, há de se colocar, como premissa inquestionável, que nenhum julgador – pouco importando sua posição na hierarquia judicial – tem o direito de ignorar os textos legais.

Neste sentido, discordamos da afirmação feita por Elival Ramos de que há uma carga valorativa positiva ou negativa que varia a depender do enfoque teórico de quem realiza a avaliação das decisões judiciais devido a uma ambiguidade do termo. Entendemos que há, sim, uma confusão quanto ao que venha ser uma decisão ativista, o que nos faz concordar com as considerações trazidas por Abboud (2019) quando afirma que há uma poluição semântica no emprego do termo ativismo, que ora descreve fenômenos distintos e ora o utiliza para legitimar decisões judiciais apenas em função do seu resultado.

Deste modo, salientamos que “o ativismo é pernicioso para o Estado Democrático de Direito, não podendo, portanto, diferenciar-se entre o bom e o mau ativismo” (ABBOUD, 2019, *ebook*).

Há quem defenda que o ativismo judicial revela uma postura mais ampla e proativa do Poder Judiciário, adaptada à nova realidade social, no interesse de concretizar e atribuir àquele que ingressa com um pedido ao Poder Judiciário, direitos constitucionalmente garantidos. Apesar disso, não é possível admitir o desvirtuamento da separação dos Poderes e da finalidade precípua de interpretação do texto constitucional atribuída ao Poder Judiciário, com decisões ativistas dotadas de subjetividade e de interesses particulares.

Por fim, vale dizermos que a proatividade do Poder Judiciário, por vezes, “conduz interferência sobre espaços até então tradicionalmente ocupados pelo Executivo e Legislativo” (KOZICKI; ARAÚJO, 2015, p. 115), o que levanta inúmeras discussões acerca da legitimidade do Poder Judiciário para proferir decisões ativistas, sobre quais são os limites de sua atuação e quais competências lhes são atribuídas pela Constituição, o que discutiremos nas seções subsequentes.

### 2.3 POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO QUANTO À LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL

Não há na doutrina, conforme salientamos em linhas precedentes, um consenso acerca da legitimidade do ativismo judicial. Assim, reservamos para essa seção alguns dos mais importantes entendimentos doutrinários sobre o tema, no intuito de auxiliar na compreensão e levantar as principais discussões existentes envolvendo a legitimidade do fenômeno ativismo judicial.

Para os defensores do ativismo judicial como uma política judiciária legítima, o Poder Judiciário possui legitimidade para atuar de forma proativa em suas decisões, e é por meio desta atuação proativa que acaba por entregar à sociedade os direitos fundamentais que lhe são garantidos pela Constituição Federal.

Neste sentido, Parizi (2017, p. 841-842) observa que a autorização para uma atuação proativa do Poder Judiciário vem da própria Constituição Federal:

Apesar da crítica, o certo é que a legitimidade do Poder Judiciário em atuar invalidando atos e/ou leis dos poderes preenchidos por membros eleitos pelo povo advém da própria Constituição Federal e dessa forma o perigo da legitimidade democrática do magistrado em intervir para aplicar as normas constitucionais é bastante reduzido.

É de competência do Poder Judiciário a tutela da Constituição, bem como a efetividade dos direitos fundamentais, contudo, não se pode perder de vista o respeito da esfera Legislativa com objetivo de garantir o Estado Democrático de Direito.

Assim, para os defensores do ativismo judicial, não cabe ao juiz atuar de forma puramente mecânica, devendo atribuir sentido a expressões que requerem interpretação, uma vez que a legitimidade exercida pelo Poder Judiciário emana da própria Constituição Federal.

O ativismo judicial revela uma postura mais ampla e proativa do Poder Judiciário, e, por muitas vezes, adaptada à nova realidade da sociedade, no interesse de concretizar e atribuir àquele que ingressa com um pedido ao Poder Judiciário direitos constitucionalmente garantidos.

Demais disso, o Poder Judiciário atua de maneira ativista frente a normas que demandam implementação (muitas vezes célere e imediata) para a tutela de direitos fundamentais de minorias e de hipossuficientes, que acabam não encontrando ressonância no Poder Legislativo, razão pela qual se fala de atuação contramajoritária do Poder Judiciário.

Alguns doutrinadores, a exemplo de Andrade (2007) e Mello (2008), defendem que, seja pela autorização diretamente concedida pela Constituição, seja pela competência para controlar a legalidade de todo e qualquer ato emanado pelo Poder Público, o Poder Judiciário também tem capacidade de realizar o controle político condizente com a conveniência e a oportunidade, típico do administrador. Afinal, é de suma importância fazer cumprir integralmente a Constituição, refutando-se seu descumprimento ou seu cumprimento parcial.

Destaca-se, por muitas vezes, que a morosidade dos demais Poderes leva as decisões judiciais a serem cada vez mais ativistas, decidindo conflitos sociais que deveriam ser resolvidos pela atividade dos Poderes Executivo ou Legislativo.

Assim, considerando o posicionamento daqueles que defendem o ativismo judicial como uma política judiciária legítima, a atividade proativa do Poder Judiciário é legítima, não havendo que se mencionar invasão de competência dos demais Poderes, uma vez que o ativismo judicial do Poder Judiciário é autorizado pela própria Constituição Federal e, somente com esta atuação proativa, o Estado Democrático de Direito poderá ser garantido (CARMONA, 2012).

Já em posicionamento contrário estão aqueles que criticam o fenômeno do ativismo judicial. Segundo essa corrente, o Poder Judiciário não possui legitimidade democrática contra os atos legais dos Poderes Legislativo e Executivo e, ainda, há perigo iminente à segurança jurídica quando o Poder Judiciário atribui caráter subjetivo às suas decisões.

Para os defensores deste posicionamento, os julgadores vão muito além da aplicação da lei. Por muitas vezes, eles acabam por se antecipar à criação da norma, analisam

os casos concretos e decidem de forma subjetiva, ultrapassando os limites de suas atribuições.

Neste sentido, Sarmiento (2007, p.14) avalia:

muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça – passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser.

Assim, muitos juízes, ao invés de analisarem a existência de inconstitucionalidade da lei, ou de realizarem a aplicação fundamentada da legislação vigente, assim como dos ditames constitucionais, quando discordam do que a lei ou a Constituição oferecem, ou ainda, quando não há legislação sobre o assunto, decidem subjetivamente, baseados na interpretação dos princípios, ou então, na criação de direitos não disciplinados por lei.

Assim também compreende Dworkin (1999, p. 451-452), o qual entende ser o ativismo judicial nocivo à sociedade por estar constituído de concepções subjetivas de justiça e de bem do próprio julgador:

o ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.

Há também severas críticas quanto à forma de atuação do Poder Judiciário, sob o fundamento de que este atua ora como legislador negativo ora como positivo, seja quando invalida atos e leis dos Poderes Legislativo ou Executivo, especialmente ao controlar a constitucionalidade (legislador negativo), seja quando cria normas não inseridas por meio formal no ordenamento jurídico, criando, por consequência, direitos, para além do que está previsto em lei (legislador positivo).

Conforme ressaltam Abboud e Mendes (2019), a prática do ativismo judicial revela a suspensão, pelo Poder Judiciário, dos pré-compromissos democráticos (Constituição e leis), revelando em seu lugar a subjetividade do julgador. Para os autores, o fenômeno do ativismo judicial é “a troca do direito institucionalizado nas leis e na jurisprudência pela ideologia ou pela política; mais, pelo senso de justiça ou pelo moralismo” (2019, p. 45).

Ressaltemos que não é função do Poder Judiciário inovar o ordenamento jurídico

com a criação de novas regras, uma vez que esta atividade está diretamente ligada ao Poder Legislativo. Esta atitude proativa, como ressalta Carmona (2012, p.7), acaba por causar “[...] o enfraquecimento dos Poderes eleitos; a criação de uma “cidadania clientelista”; a desmobilização popular e o exclusivismo moral do judiciário”.

Neste sentido citamos Ramos (2010, p. 129), para quem há uma sinalização negativa no tocante às práticas ativistas, “por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes”.

Assim, com base no exposto, podemos afirmar que, para os críticos do ativismo judicial, em suma, a atuação proativa do Poder Judiciário gera um enfraquecimento dos demais Poderes, além de um problema relacionado à segurança jurídica e à democracia. Os juízes ativistas, criadores de regras jurídicas, não foram democraticamente eleitos por delegação de poder pelo povo para a criação de normas jurídicas capazes de a todos, com cunho imperativo, submeter.

Por outro lado, para os que defendem o ativismo judicial, este é capaz de controlar o abuso dos demais Poderes, uma vez que a morosidade frequentemente evidenciada na execução das atividades dos Poderes Executivo e Legislativo dificulta o acesso a garantias e direitos fundamentais dos indivíduos.

Assim, o ativismo judicial encontra campo de atuação no *déficit* de desempenho no exercício dos demais Poderes estatais e, para seus críticos, afeta diretamente a democracia almejada pela Constituição Federal de 1988. Além disso, é capaz de causar insegurança jurídica, haja vista que, por muitas vezes, cria direitos para além do que está previsto em lei; não há, até o momento, um consenso sobre o tema.

Todavia, não há como negar que o Poder Judiciário é o responsável pela interpretação do texto constitucional, de modo a fazer valer a vontade do legislador quando da elaboração da norma, caso isso seja desrespeitado.

Apesar disso, não é permitido ao Poder Judiciário proferir decisões baseadas em convicções pessoais ou em seu próprio senso de justiça, em descompasso com os ditames constitucionais e a intenção do legislador, sob pena de ficar configurada a decisão ativista.

Deste modo, não é, necessariamente, o controle de constitucionalidade, a decisão contramajoritária, a interpretação da norma ou a ausência dela que faz com que as decisões sejam ativistas. Importante ressaltarmos que o controle de constitucionalidade (diante de uma norma inconstitucional), a decisão contramajoritária (quando necessária a entrega da proteção dos direitos fundamentais à sociedade) e a atividade interpretativa buscando a vontade da lei ou do legislador, são extremamente importantes e necessários, não configurando, por si só, uma

atividade ativista.

Nesta dissertação não defendemos a prática de decisões ativistas – nas quais a interpretação do texto constitucional cede lugar à subjetividade do julgador – mas a realização de decisões capazes de concretizar direitos mediante a aplicação do texto constitucional e sua principiologia; decisões capazes de realizar o controle de constitucionalidade para extirpar qualquer norma que afronte os ditames constitucionais.

Para tanto, ressaltaremos a importância de um debate democrático entre os Poderes e a sociedade para a concretização dos direitos constitucionalmente garantidos, conforme analisaremos em capítulo próprio.

Assim, da mesma forma que não podemos permitir que decisões ativistas tragam insegurança jurídica, também não podemos admitir que direitos fundamentais, garantidos pela Constituição Federal, não alcancem a sociedade, ou alcancem apenas parte dela, com a exclusão de minorias estigmatizadas.

#### 2.4 DIFERENCIAÇÃO ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

São inúmeros os trabalhos científicos/acadêmicos que tratam sobre temas relacionados ao ativismo judicial e à judicialização da política. Apesar disso, a confusão conceitual acerca do que vem a ser ativismo judicial e judicialização da política é frequente, já que muitos desses estudos são realizados sem um aprofundamento na análise conceitual e, por isso, acabam confundindo os dois institutos, o que reforça a necessidade de reservarmos essa seção para debatermos esses conceitos.

Deste modo, para que possamos fazer um estudo mais profundo do tema, necessário ressaltarmos as peculiaridades que distinguem esses dois fenômenos. Iniciaremos com o destaque à relevância da Constituição Federal de 1988, uma vez que o momento de transição do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito, quando foram estabelecidas garantias fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, impulsionou a participação do Poder Judiciário, dando força tanto para o ativismo judicial, como também para a judicialização da política.

Notamos, a partir desse momento, uma intensa judicialização dos mais variados temas, o que torna a arena jurídica um “palco de resolução de questões moral, social e politicamente relevantes, devido a uma transferência de poder ao Judiciário, hoje autorizado a

decidir questões que estavam fora das suas competências” (KOZICKI; ARAÚJO, 2015, p.114) há algum tempo.

Há uma série de fatores que combinados entre si levam à judicialização. Apesar disso, Mandarino e Freitas (2015) avaliam que a Constituição Federal foi o ápice do denominado “processo de redemocratização” (posto que rompeu com o período ditatorial do país) abrangendo uma numerosa relação de direitos garantidos aos cidadãos, em especial, de cunho social.

Neste sentido, Cittadino (2003, p. 39) destaca:

[...] o processo de judicialização da política não precisa invocar uma ação paternalista por parte do Poder Judiciário. A própria Constituição de 1988 instituiu diversos mecanismos processuais que buscam dar eficácia aos seus princípios, e essa tarefa é de responsabilidade de uma cidadania juridicamente participativa que depende, é verdade, da atuação dos tribunais, mas, sobretudo, do nível de pressão e mobilização política que, sobre eles, se fizer.

Foram muitas as mudanças no sistema jurídico e político, com realce para o aumento da participação do Estado na sociedade. Diante da inércia dos demais Poderes, abriu-se espaço para a jurisdição dirimir as lacunas deixadas pelos demais “braços” do Estado, sendo o momento pós Segunda Guerra Mundial determinante para a concretização do fenômeno da judicialização da política<sup>6</sup> (MANDARINO; FREITAS, 2015).

A judicialização, por vezes, acaba por ser uma técnica compensatória da deficiência dos demais Poderes, o que nos força destacar que a judicialização de questões que deveriam ser solucionadas pelos outros Poderes sobrecarrega o Poder Judiciário, aumenta a litigiosidade e causa insegurança jurídica à sociedade com o consequente aumento no número de decisões ativistas.

Importante mencionarmos que Luiz Werneck Vianna, juntamente com um grupo de estudiosos brasileiros, foi pioneiro no enfrentamento da judicialização da política. Por meio de uma análise minuciosa da jurisprudência do STF, observaram a problemática relacionada ao papel dos tribunais no momento da interpretação da Constituição, principalmente em casos envolvendo a concretização de direitos fundamentais, passando a entender que, com as alterações ocorridas, o Poder Judiciário deixaria de ser um poder inerte e assumiria maior participação em questões sociais e políticas do país.

---

<sup>6</sup> Neste período, observamos a constitucionalização de direitos, a legitimação dos direitos humanos e as influências dos sistemas norte-americano e europeu.

Assim, Vianna (1999, p. 43) afirma que se de fato a judicialização da política e das relações sociais significar a delegação da vontade do soberano “a um corpo especializado de peritos na interpretação do direito e a ‘substituição’ de um Estado *benefactor* por uma justiça providencial e de moldes assistencialistas, não será propícia à formação de homens livres e nem à construção de uma democracia de cidadãos ativos”. E prossegue:

a mobilização de uma sociedade para a defesa dos seus interesses e direitos, em um contexto institucional em que as maiorias efetivas da população são reduzidas, por uma estranha alquimia eleitoral, em minorias parlamentares, não pode desconhecer os recursos que lhe são disponíveis a fim de conquistar uma democracia de cidadãos. Do mesmo modo, uma vida associativa ainda incipiente, por décadas reprimida no seu nascedouro, não se pode recusar a perceber as novas possibilidades, para a reconstituição do tecido da sociabilidade, dos lugares institucionais que lhe são facultados pelas novas vias de acesso à justiça (1999, p. 43).

Vianna embasou seu estudo em autores como Jürgen Habermas, Antoine Garapon, Ronald Dworkin, Bruce Ackerman, Laurence Tribe, John Hart Ely para defender que

a democratização social e a nova institucionalidade da democracia política, trazendo à luz Constituições informadas pelo princípio da positivação dos direitos fundamentais, estariam no cerne do processo de redefinição das relações entre os três Poderes, ensejando a inclusão do Poder Judiciário no espaço da política (VIANNA, 1999, p. 15).

Deste modo, podemos dizer que a judicialização passou a ser fruto também do aumento da edição de leis visando regulamentar comportamentos da sociedade, uma vez que o fenômeno da judicialização não depende da vontade ou da manifestação de vontade do Poder Judiciário.

Segundo Streck (2011, p. 589), a judicialização é um “fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado”, diferentemente do ativismo judicial, que está contido quando um juiz ou tribunal “decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado”.

Assim, os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política são distintos, sendo objetos de discussão no Brasil e em diferentes países, nos quais o Poder Judiciário é destaque atuando de forma criativa, decidindo questões importantes de implementação de políticas públicas e de omissões legislativas.

No que tange ao ativismo judicial, conforme salientamos, parte dos doutrinadores o conceitua como atividade proativa do Poder Judiciário, que extrapola os limites de suas atribuições e emprega um caráter demasiadamente subjetivo nas decisões, causando

insegurança jurídica à sociedade; outra parte da doutrina defende a necessidade da atividade proativa do Poder Judiciário para que possam ser atribuídos direitos a quem deles necessita, ante a morosidade, em muitos casos, da atuação dos Poderes Executivo e Legislativo em implementá-los.

Independentemente do posicionamento tomado acerca da legitimidade ou não de decisões ativistas, o que pretendemos demonstrar nesta seção é a distinção existente entre o ativismo judicial e a judicialização, já que estes conceitos, apesar de, por muitas vezes serem utilizados como sinônimos, são fenômenos distintos.

De todo modo, destacamos que Barroso (2012, p. 10) classificou o ativismo judicial e a judicialização como primos, apesar de reconhecer que ambos não possuem a mesma origem. Segundo o Ministro, a judicialização

é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Na visão de Nobre e Rodriguez (2011, p. 9), a judicialização da política e o ativismo judicial também não têm a mesma origem, mas ambos concordam que os conceitos estão diretamente ligados:

“judicialização da política” e “ativismo judicial” são como lados de uma mesma moeda, de um mesmo processo visto ora da perspectiva da política que seria “invadida” pela lógica judicial, ora da perspectiva do próprio “invasor”. Nesse caso, a ligação entre os dois momentos está posta em uma visão em que o Legislativo deve ser o centro vivo de um Estado Democrático de direito, tanto a sede por excelência da política quanto seu real ativista.

Entendemos que a diferenciação entre o ativismo e a judicialização está contida no fato de que o ativismo judicial está intimamente ligado ao ato volitivo do poder judicante, ou seja, diretamente ligado à vontade do juiz, enquanto a judicialização está diretamente ligada a questões políticas e sociais, sem depender de ato de vontade do Poder Judiciário.

Oliveira e Tassinari (2014, p. 76) também diferenciam o ativismo judicial da judicialização da política, destacando não só a questão da natureza, mas o problema de corte teórico: “a judicialização é um fenômeno político, gerado pelas democracias contemporâneas, ao passo que o ativismo é um problema interpretativo, um capítulo da teoria do direito”.

Para Garapon (1998), traçando uma linha diferencial, o ativismo judicial está ligado a um desejo, um ato de vontade do juiz, ao passo que a judicialização está condicionada pelo

sistema político. Assim, importante percebermos que ativismo judicial e judicialização da política não são sinônimos, mas fenômenos distintos.

Deste modo, resta clara, portanto, a dificuldade para traçarmos uma diferenciação linear entre o ativismo judicial e a judicialização da política. Ainda hoje, alguns autores confundem estes dois institutos, o que se dá pelo fato de não ter sido atribuída, ao longo do tempo, a devida importância para a proximidade existente entre os dois institutos, o que possibilitou aos doutrinadores confundirem ativismo com judicialização e vice-versa.

Apesar das divergências observadas, seja no que tange à legitimidade, seja no que diz respeito à origem do ativismo judicial e da judicialização da política, importante ressaltar que entendemos pela distinção destes fenômenos, tendo, o primeiro, origem na vontade do poder judicante e o segundo, origem diretamente ligada a questões políticas ou sociais, decorrendo da expansão da sociedade.

## 2.5 RISCOS E CONSEQUÊNCIAS DO ATIVISMO JUDICIAL

Conforme notamos, o fenômeno do ativismo judicial divide opiniões entre os estudiosos do Direito, o que influencia diretamente na definição dos riscos e das consequências da aceitação ou da restrição da atividade proativa do Poder Judiciário, os quais variarão a depender da visão adotada acerca da legitimidade deste ativismo.

Para os críticos do ativismo judicial, uma decisão ativista incorre em ilegalidade ou em inconstitucionalidade, portanto, sua existência gera a extrapolação das competências do Poder Judiciário, adentrando nas competências dos Poderes Executivo e Legislativo. Soma-se a isso o risco de politização da justiça e da consequente insegurança jurídica causada por esta atividade proativa.

Por outro lado, os defensores do ativismo judicial alegam que ele supre eventuais lacunas legais e a morosidade dos Poderes Executivo e Legislativo, garantindo, assim, a correta aplicação da lei e dos princípios constitucionais. Daí decorrem os riscos e as consequências contidos em eventual restrição à atividade proativa do Poder Judiciário, uma vez que isso impossibilitaria a entrega do direito à sociedade.

Gomes (2009, p. A2) argumenta que o Poder Judiciário, quando atua de forma proativa, cria regras antes desconhecidas e, com isso, invade a tarefa do Poder Legislativo, trazendo um outro risco: o da aristocratização do Estado e do Direito. Destaca, ainda, que se os magistrados do Supremo Tribunal Federal se engajarem nas ondas involutivas do Estado de polícia, surgirá

também a ameaça de “hitlerização do Direito” (direito nazista). Se conferirem primazia a uma determinada religião, em detrimento das regras jurídicas, há o risco de “fundamentação do Direito” (direito fundamentalista). Se não observarem nenhuma regra vigente no momento das decisões, pode-se chegar à “alternativização do Direito” (direito alternativo). O Direito construído pelo STF, de outro lado, pode resultar absurdamente “antigarantista” [...].

Já Barroso (2009), quando discorre sobre os riscos para a legitimidade democrática, destaca que os membros do Poder Judiciário não são agentes políticos eleitos, mas desempenham um poder político, inclusive o de invalidar atos dos Poderes Executivo e Legislativo.

Neste sentido, importante destacarmos que as decisões proferidas quando da realização do controle de constitucionalidade ou as decisões contramajoritárias proferidas para assegurar que a proteção aos direitos fundamentais aconteça em prol da sociedade ou do Estado, por si só, não são decisões ativistas. Serão ativistas se os magistrados extrapolarem o que lhes autoriza a Constituição Federal, seja declarando leis inconstitucionais quando estiverem de acordo com os ditames constitucionais ou, então, quando proferirem, por qualquer razão, decisões dotadas de subjetivismo.

No Brasil, assim como em grande parte dos países democráticos, há um modelo de organização de separação de Poderes. As funções de legislar, administrar e julgar são atribuídas a Poderes distintos, especializados e independentes, conforme debateremos no próximo capítulo da nossa dissertação.

Assim, caso o Poder Judiciário passe a executar atribuições que não estão a ele destinadas, seja pela morosidade dos demais Poderes, seja pelo fácil acesso pelo cidadão, acumulará uma sobrecarga de trabalho como consequência danosa, haja vista que sobrecarregado, não conseguirá executar com maestria suas atividades.

Neste sentido, Streck (2009, *online*) complementa:

na ponta final, ao invés de se mobilizar e buscar seus direitos por outras vias (organização, pressões políticas, etc.), o cidadão vai direto ao Judiciário, que se transforma em um grande guichê de reclamações da sociedade. Ora, democracia não é apenas direito de reclamar judicialmente alguma coisa. Por isso é que cresce a necessidade de se controlar a decisão dos juízes e tribunais, para evitar que estes substituam o legislador. E nisso se inclui o STF, que não é – e não deve ser – um superpoder.

Outro ponto importante diz respeito ao fato de que o ativismo judicial é defendido, por vezes, sob o fundamento de que os Poderes Legislativo e Executivo deixam de realizar suas funções precípuas. Diante disso, a fim de se evitar prejuízo maior à sociedade, o Poder

Judiciário é autorizado a agir. Ou seja, argumenta-se que o *déficit* legislativo permite que o Poder Judiciário, quando provocado a se manifestar, responda à sociedade, ainda que para tanto tenha que proferir decisão ativista, de modo a entregar o direito a que se almeja pela via judicial.

Conforme ressaltamos, cabe ao Poder Judiciário agir conforme as leis e quando autorizado pela Constituição Federal, o que tornará a decisão justa. Assim, a Constituição autoriza o Poder Judiciário a agir diante da ausência de legislação, mas para atuar no julgamento de Mandado de Injunção ou então Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão, e não para curar o *déficit* dos demais Poderes, ainda que para minimizar os prejuízos da sociedade.

Deste modo, a Constituição Federal não autoriza o Poder Judiciário a agir de forma ativa diante de simples inércia dos demais Poderes. A decisão do Poder Judiciário neste sentido extrapolaria sua competência e desvirtuaria o objetivo constitucional, desrespeitando a separação dos Poderes.

Abboud (2019, *ebook*), por exemplo, classifica este tipo de ativismo judicial como “ativismo performático” e, corroborando com o entendimento aqui exposto, defende:

não há uma autorização constitucional abstrata para a ação do Judiciário, simplesmente porque há um *déficit* legislativo. Todos os três Poderes, na democracia brasileira, estão em *déficit* de atuação. Se fosse assim, o Legislativo poderia proferir determinadas decisões na jurisdição constitucional em face da inércia do STF? O Presidente da República poderia julgar questões judiciais que estão com pedido de vistas por mais de uma década, a pretexto de haver *déficit* e omissão judicial sobre o tema? Por óbvio que não. É igualmente teratológico afirmar que não há ativismo judicial no Brasil porque o Judiciário se encontra sob o imperativo moral de agir no silêncio e na demora dos outros Poderes.

No mesmo sentido, Santos (2017, p. 182) sublinha:

O enunciado ‘decido para atender a um ideal de justiça’, não obstante possa se estruturar em quantidade maior ou menor de palavras, não diz absolutamente nada. Poderia, inclusive, ser sintetizado na fórmula ‘decido porque quero’. Esse resumo só não se opera porque, num Estado Democrático de Direito, não se admite que as funções públicas sejam realizadas conforme a vontade de quem as exerce, de forma que decisão nenhuma poderia sobreviver se não fosse, ao menos, disfarçada de juridicidade, ou seja, fundamentada formalmente.

Quando o Poder Judiciário está diante de uma decisão ativista fundada em enunciados performáticos, cresce a dificuldade em atender ao preceito constitucional de fundamentação de sua decisão posto no artigo 93, IX, da Constituição Federal, o que macula a decisão de subjetivismo e nos faz entender que esta não pode ser admitida.

Outro ponto de destaque diz respeito à possibilidade de politização da Justiça

quando estamos diante de decisões ativistas. Para Parizi (2017, p. 842), a politização é um risco evidente, uma vez que as leis são frutos de resultados de longos processos eleitorais e discussões que consideram os impactos de sua criação. Por sua vez,

o Direito aproxima-se da ética e da moral, aplicando-se a lei no caso concreto, com supedâneo na Constituição Federal. A atuação do magistrado para não adentrar a esfera legislativa, deve ser técnica, pautada no ordenamento vigente, com argumentação justa, convincente, de modo a não dar margem para a manifestação política por via judicial.

Já Barroso (2009, p. 14) traz que Direito não é política no sentido de admitir escolhas livres, de cunho tendencioso ou partidarizadas:

mesmo nas situações que, em tese, comportam mais de uma solução plausível, o juiz deverá buscar a que seja mais correta, mais justa, à luz dos elementos do caso concreto. O dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação.

Seguramente, admitir escolhas livres, de cunho tendencioso ou partidarizadas causaria, como consequência, danos irreparáveis à sociedade e, certamente, instalaria a insegurança jurídica, o que seria inadmissível.

As decisões proferidas devem ser fundamentadas, como determina a Constituição Federal, de modo que não sejam motivadas por interesses pessoais. É necessário, portanto, combater a discricionariedade judicial para, só então, se combater o ativismo judicial, sendo vedada toda decisão que não observe o texto constitucional.

Neste sentido, Abboud (2019, *ebook*) defende que “o ativismo é, por excelência, o fenômeno em que se manifesta a discricionariedade judicial, ou seja, por meio dele, no Brasil, os pré-compromissos democráticos (Constituição e leis) são suspensos pelo julgador e substituídos por sua subjetividade/discricionariedade”.

O risco de ocorrer insegurança jurídica se concentra no fato de que o ativismo judicial permite ao Poder Judiciário tomar decisões com mais liberdade, possibilitando, inclusive, a inobservância de precedentes e a criação de direitos ainda não previstos em lei.

Com maior frequência, podemos observar a existência de ativismo judicial em situações nas quais há lacunas na lei, ou ainda, divergência na sua interpretação. Isso pode ocasionar, a depender da interpretação dada a uma decisão proativa, a atribuição de direitos não previstos, ou então, sanar a falha do Poder que deveria atuar e proporcionar à sociedade a devida resposta.

Importante reforçarmos que não é vedado ao Poder Judiciário interpretar a norma nem atribuir à sociedade direito fundamental mediante esta interpretação, não incorrendo, assim, em ativismo judicial. O que é vedado, isso sim, é que o Poder Judiciário profira decisões sem observar os ditames constitucionais, extrapolando sua competência e empregando sua vontade em detrimento da lei.

O juiz ativista poderá ser tanto progressista como conservador e incorrer, inclusive, em ativismo ao realizar o controle de constitucionalidade quando não deveria fazê-lo. Portanto, não fica restrito à caracterização do ativismo judicial apenas quando deixar de efetuar o controle nas hipóteses em que, juridicamente, deveria realizá-lo (ABBOUD, 2019)<sup>7</sup>.

Ao contrário, em defesa do ativismo judicial, Bastos (2001, p. 118) suscita o risco da insegurança jurídica pela ótica da limitação desta atuação proativa. Segundo o autor, à medida que o

Poder Judiciário tem o âmbito de sua competência determinado pelo ordenamento jurídico, os limites de sua capacidade para absorver e decidir conflitos sociais ficam reduzidos às determinações substantivas, o que diminui enormemente o seu potencial adaptativo e circunscreve as suas aberturas para recepção de demandas a parâmetros intra-sistêmicos, desvinculando-se o Poder Judiciário do meio-ambiente circundante. Quanto menor for a capacidade do Poder Judiciário para resolver as disfunções sistêmicas, maiores serão as possibilidades de ocorrências de entropias positivas e/ou negativas.

Outra discussão frequente diz respeito às matérias que, além de controvertidas, estão envolvidas por um clamor popular. O Poder Judiciário, em muitas destas situações, sentindo-se pressionado pelos movimentos populares e políticos em torno do tema, acaba atendendo ao que a sociedade espera, criando grande insegurança jurídica e perigo para a democracia ao proferir decisões ativistas; é o que Abboud (2019) chama de “ativismo populista”.

Reforçamos que os julgamentos, quanto mais próximos estiverem dos ditames legais e constitucionais, mais revestidos de legitimidade estarão e mais perto da aceitação popular permanecerão.

Neste sentido, Abboud (2019, *ebook*) explica que “a fuga da literalidade das leis e da própria Constituição atenta contra os fundamentos da democracia e transforma o Judiciário em uma intolerável e perversa caixa de surpresas”.

---

<sup>7</sup> Importante mencionar, embora sucintamente, que o ativismo judicial pode ser identificado, inclusive, por inação. A exemplo disso, podemos citar a não inclusão em pautas de julgamento do Supremo Tribunal Federal de questões sensíveis por liberalidade de seus julgadores, por muitas vezes, em um agir político.

A ausência de obediência às regras do jogo aumenta o efeito *backlash*<sup>8</sup>, uma vez que se verifica o atendimento a “pautas vocalizadas por grupos de pressão organizados” (ABBOUD, 2019, *ebook*).

Assim, “ao atender ao clamor das ruas pode aumentar – principalmente nas redes sociais – a popularidade do Judiciário”. Apesar disso, quando analisada a situação “a médio e a longo prazo, fazê-lo corrói o alicerce de sua legitimidade, a ponto de tornar inviável ao Judiciário agir de forma contramajoritária” (ABBOUD, 2019, *ebook*), o que não se pode admitir.

Deste modo, podemos identificar alguns riscos e consequências existentes quando são proferidas decisões ativistas, as quais podem variar – a depender da interpretação que se dê quanto à legitimidade da atuação do Poder Judiciário – desde a compreensão de que as decisões proativas permitem a entrega de direitos aos cidadãos, à extrapolação de competência, gerando, de qualquer modo, insegurança jurídica.

---

<sup>8</sup> O efeito *backlash* será analisado em seção própria subsequente. Optamos por não traduzir o termo *backlash* – haja vista que não há palavra correspondente na língua portuguesa exatamente correlata – com a finalidade de manter a semântica original do termo.

### 3 DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Não há como realizar o estudo do fenômeno do ativismo judicial, entender os limites entre a interpretação do texto constitucional e a decisão proativa, sem discorrer acerca da realização do controle de constitucionalidade e da existência da separação dos Poderes. Assim, reservaremos o presente capítulo para esta análise, destacando e debatendo pontos importantes acerca da separação dos Poderes e do controle de constitucionalidade nas duas seções expostas adiante.

Conforme destacam Abboud e Mendes (2019, p. 44), a primeira providência a ser tomada para a compreensão do ativismo judicial

é o domínio do *status quaestionis*. Para tanto, basta nos voltarmos à literatura norte-americana sobre o tema, já que todo o debate sobre ativismo judicial parece, de algum modo, se estruturar sobre a tensão existente entre o *judicial review* e *judicial self restraint*. Isto é, entre a possibilidade de se anularem leis inconstitucionais e a necessidade de respeitar os limites da separação de poderes.

Deste modo, importante analisarmos, ainda que sucintamente, a história da *judicial review* estadunidense, o que nos ajudará a compreender o controle de constitucionalidade existente no Brasil, dada a influência do sistema estadunidense sobre nossas Constituições.

Será possível notarmos que o fenômeno do ativismo judicial está intimamente ligado aos limites impostos ao Poder Judiciário para a interpretação da Constituição e ao respeito às competências dos demais Poderes, quando do exercício do controle de constitucionalidade das leis.

Sendo assim, o presente capítulo tem por escopo, ao se distanciar da análise clássica acerca da separação dos Poderes comumente vista em trabalhos acadêmicos ditada por Montesquieu – “poder que controla o poder” e embasada na divisão tripartite do poder – detalhar acerca da ideia de limitação de poder político, com destaque para o caráter estruturante e os parâmetros limitantes dos atos dos Poderes trazidos por esta separação, expondo entendimentos trazidos por alguns autores, dentre eles Jeremy Waldron e Bruce Ackerman.

Quando do estudo do controle de constitucionalidade, nos atentaremos a analisar sua origem no Brasil e no sistema estadunidense, com destaque aos limites existentes entre a interpretação e a adequação das normas aos ditames constitucionais e ao ativismo judicial.

### 3.1 DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Nesta seção analisaremos a separação dos Poderes, apontando a importância de se delimitar competências não sob o enfoque clássico de Montesquieu e da configuração tripartite de Poder, mas a limitação efetiva do poder político e sua correlação com as atividades ativistas do Poder Judiciário.

Ademais, reforçaremos a necessidade da efetiva atuação de cada um dos Poderes, de modo a atender às atribuições que lhes são conferidas pela Constituição Federal, trazendo estudos realizados por Waldron e Ackerman a respeito.

Ao iniciarmos a análise da separação dos Poderes, podemos afirmar, de modo amplo, que esta separação é princípio limitador e regulador das competências dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e, por consequência, de suma importância para a identificação e o combate ao ativismo judicial brasileiro.

A delimitação acerca das competências de cada Poder, teoricamente, impediria que um deles invadisse a esfera de competência do outro. Deste modo, decisões proativas, por exemplo, poderiam ser evitadas pelo impedimento existente ao Poder Judiciário de ultrapassar os limites de sua competência e criar regras para além dos ditames legais já postos.

Neste sentido, Abboud (2019, *ebook*) defende que “a existência da separação de Poderes é condição de possibilidade para impedir que o Judiciário se sobreponha aos demais Poderes mediante atuação ativista”. Apesar disso, o Poder Judiciário brasileiro tem apresentado, com frequência, decisões ativistas, sob o argumento e o entendimento de que o papel do juiz atualmente não é mais o do “juiz boca da lei”, mas daquele que exerce um papel dinâmico e capaz de adequar as leis aos casos concretos, promovendo a justiça social.

Assim, trazer um conceito de separação dos Poderes, com a divisão de funções, os caminhos e os limites a serem seguidos por cada um deles não é matéria fácil. Não há conceito estático e imutável a ser apresentado acerca deste tema. De todo modo, abandonando o conceito clássico de Montesquieu e a configuração tripartite de poder, a análise a ser realizada nesta seção considerará a limitação efetiva do poder político.

Para desenvolver esse enfoque, importante citarmos Abboud e Oliveira (2014a, p. 17), que trazem perspectivas descritiva e prescritiva para trabalharmos o conceito de separação de Poderes:

do ponto de vista descritivo, a análise procura estabelecer, a partir de abordagens histórico-comparativas, o modo como as mais diversas experiências constitucionais estabelecem critérios de divisão das funções que compõem o poder do Estado e operam com elas. Trata-se de uma microanálise de experiências materiais que envolvem distintas realidades constitucionais.

Já na perspectiva prescritiva – ou regulatória – perguntamo-nos até que ponto o modelo de divisão de poderes efetivamente operante em uma dada realidade constitucional cumpre o seu principal desiderato: limitar o exercício do poder político.

Sendo assim, não é apenas quando falamos de divisão de funções e consequente tripartição de Poderes que atingimos um conceito acerca da separação dos Poderes, mas é possível visualizarmos esta separação quando mencionamos limitação efetiva do poder político, refletindo a ideia de governo limitado.

Deste modo, quando as modificações estruturais – que têm por finalidade alterar as competências, órgãos ou funcionalidades – apresentam-se como artifícios para o exercício autocrático do governo, podemos identificar uma afronta à separação de Poderes e, por consequência, ao Estado Constitucional (ABBOUD; OLIVEIRA, 2014a).

Diante do apresentado, importante analisarmos os entendimentos trazidos por Waldron e Ackerman sobre a separação dos Poderes e suas implicações.

Waldron (2016) defende que a separação de Poderes é um princípio político que tem como função avaliar as disposições legais e constitucionais de um estado moderno. Para tanto, lança três questionamentos com a finalidade de desenvolver seu entendimento acerca da separação dos Poderes. O primeiro deles é: “O que é este princípio e porque ele é importante?” (tradução nossa)<sup>9</sup>.

Para respondê-lo, o autor ressalta a importância de distinguirmos outros dois princípios. O primeiro deles seria o princípio da descentralização do poder (*principle of dispersal power*), que nos aconselha a evitar as concentrações de poder político nas mãos de alguns; o segundo seria o dos freios e contrapesos (*check and balances*), segundo o qual o exercício do poder por qualquer um dos seus detentores precisa ser equilibrado e verificado pelo exercício do controle de outros Poderes (2016).

O segundo questionamento: “O princípio da separação de Poderes tem algum significado além desses dois princípios?” (tradução nossa)<sup>10</sup>. O autor responde que sim e reforça que a separação de Poderes é necessária para evitar a tirania (2016).

Em seguida, lança a terceira reflexão: “Qual é, especificamente, o objetivo da separação de Poderes?” (tradução nossa)<sup>11</sup>. Para o autor, a separação dos Poderes não tem por objetivo principal simplesmente dividir os Poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário e

<sup>9</sup> Texto original em inglês: “What is this principle, and why is it important?” (WALDRON, 2016, p. 45).

<sup>10</sup> Texto original em inglês: “Does the principle of the separation of powers have any meaning over and above these two principles?” (WALDRON, 2016, p. 45).

<sup>11</sup> Texto original em inglês: “What, specifically, is the point of the separation of powers?” (WALDRON, 2016, p. 46).

promover a fiscalização de um sobre o outro, mas garantir que cada um deles execute a competência que lhe foi atribuída, uma vez que proferir uma decisão judicial é diferente de legislar ou governar.

Assim, segundo Waldron, são necessários dois olhares. O primeiro estaria focado na integridade de cada um dos Poderes ou funções, já o segundo voltar-se-ia para o valor dos modos de governança articulados, em oposição aos indiferenciados.

Deste modo, para Waldron (2016), as funções devem ser delimitadas e cada ramo do governo não pode invadir as funções alheias. Além disso, as pessoas que compõem essas três funcionalidades de governo devem ser mantidas separadas e distintas, de maneira que nenhum indivíduo pode ser ao mesmo tempo membro de mais de um poder.

Com isso, o autor esclarece a importância da separação dos Poderes para que cada um deles desempenhe suas atividades de forma a respeitar a competência atribuída ao outro, assim como os limites a eles impostos.

Já Ackerman defende uma nova vertente interpretativa à velha ideia de separação de Poderes. Nas palavras de Abboud (2019, *ebook*), Bruce Ackerman traz uma nova compreensão “na perspectiva de refletir sobre um modelo no interior do qual o exercício do poder político sofra controles internos mútuos – não necessariamente vinculados às três clássicas funções – tendo como escopo o ideal de um governo efetivamente limitado”.

Bruce Ackerman propõe um parlamentarismo limitado. Para ele, este sistema possui uma série de controles recíprocos apresentados como freios para as majorias ocasionais, conforme citam Abboud e Oliveira (2014a, p. 28):

[o parlamentarismo limitado] não existe em completude em nenhum sistema político contemporâneo – mas é pensado a partir de uma análise comparada de uma série de engrenagens que compõe os sistemas constitucionais democráticos atuais. O resultado é um modelo complexo de controles de majorias eventuais – por um Tribunal especializado, nos moldes dos Tribunais Constitucionais *ad hoc* – somado a *recalls* legislativos, adoção de corpos legislativos com duas casas que se relacionam, cada qual, de forma diferente com o gabinete do Executivo e, ainda, um órgão externo, não vinculado a nenhuma das funções tradicionais, e especializado na função de exercer o controle do cumprimento das regras eleitorais (desde financiamento de campanhas, até a formação de coalisões etc.).

Assim, conforme observa Ackerman, não há uma máquina de engrenagens fixas que traduz a concepção da engenharia constitucional. Este contexto está sujeito a revisões periódicas que levam a transformações na sua sistemática, estabelecendo, inclusive, novas formas de controle (ABBOUD, 2019).

Waldron e Ackerman, portanto, apresentam vieses diferentes acerca da separação dos Poderes. Apesar disso, ambos concordam quanto à natureza constitucional da separação dos Poderes e no fato de que a existência desta separação é fundamental para se construir e perpetuar uma democracia constitucional.

Na opinião de Abboud (2019), quando não se observa a importância da separação dos Poderes, há um grande risco ao ideal democrático. Segundo o autor, no Brasil, há uma ideia incorreta de que a separação de Poderes é concepção antiga, “para em seguida, afirmar-se que o Judiciário deve agir em face de omissão e atuação deficiente dos demais poderes” (2019, *ebook*).

Ademais, Abboud e Oliveira (2014a) ressaltam que nosso modelo constitucional está sofrendo um processo de reforma sem o correto planejamento, o que pode trazer consequências irreparáveis à democracia.

Nesse contexto, citam, como exemplo, a Reclamação 4.335/AC, na qual

pretendeu-se conferir eficácia *erga omnes* a essa decisão incidental de controle de constitucionalidade. Os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau acolheram essa tese, fundamentando na “mutação constitucional” do art. 52, X, no sentido de que todas as decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF no controle concreto e incidental possuem, por si só, eficácia *erga omnes*, independentemente da atuação do Senado, que, por conta da mutação constitucional, apenas publica essas decisões (ABBOUD; OLIVEIRA, 2014a, p. 31).

A decisão é importante para demonstrarmos o desrespeito à Constituição Federal (especificamente ao artigo 52, X, da Constituição Federal), assim como a toda engenharia constitucional, uma vez que referido inciso pode caracterizar-se como freio do Poder Legislativo em face do Poder Judiciário, mas o próprio Supremo Tribunal Federal retirou esta limitação (ABBOUD; OLIVEIRA, 2014a).

Decidindo deste modo, podemos entender que houve violação da separação dos Poderes, o que não é admissível. Para os autores, a decisão proferida constitui “verdadeira mutação constitucional à brasileira” (ABBOUD; OLIVEIRA, 2014a, p. 32). É uma “tentativa de pequeno setor do STF de criação de inviável e inconstitucional modalidade de mutação constitucional, que ultrapassa o único limite que se impõe a toda e qualquer afirmação de mutação constitucional: o texto constitucional” (ABBOUD; OLIVEIRA, 2014a, p. 32).

Deste modo, não há como negar que “a separação de poderes é uma concepção conseqüente do próprio fenômeno do constitucionalismo. Por conseguinte, sua perspectiva é sempre a limitação do poder” (ABBOUD, 2019, *ebook*). E, assim, o constitucionalismo se desenvolve para coibir os excessos cometidos pelo Poder Público.

Não há, portanto, como fugirmos da ideia de que o cerne da discussão em torno da separação dos Poderes está contido na existência de limitação do poder político e não apenas na existência de um sistema tripartite.

A existência e a importância da separação dos Poderes estão intimamente ligadas ao constitucionalismo e, por consequência, vinculadas à limitação dos excessos por parte do Poder Público, delimitando as competências e colocando freios em cada um dos Poderes.

Em especial, haja vista que um dos enfoques do nosso trabalho é debater acerca da legitimidade do ativismo judicial, não há como admitir que o Poder Judiciário invada a esfera de outros Poderes e profira decisões proativas influenciado por questões políticas, ideologias religiosas ou qualquer outra forma subjetiva de análise que resulte em decisão divergente dos ditames constitucionais.

Por outro lado, cabe ao Poder Judiciário realizar o controle de constitucionalidade das leis. Ao fazê-lo, não estará diante do fenômeno do ativismo judicial se declarar, por exemplo, a inconstitucionalidade de leis que afrontem os preceitos constitucionais, de modo a cumprir o seu papel e garantir a segurança jurídica. Conforme expusemos, a decisão ativista sempre incorrerá em algum tipo de inconstitucionalidade ou ilegalidade, não podendo, portanto, ser admitida.

### 3.2 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Intimamente ligada à temática da separação dos Poderes está a existência do controle de constitucionalidade, haja vista que o Poder Judiciário é quem detém a competência para realizá-lo (seja como controle difuso ou concentrado), garantindo que a Constituição seja respeitada pelos demais Poderes quando da elaboração de normas ou, na hipótese de controle em primeiro ou segundo grau de jurisdição, quando da análise de casos concretos.

Nesta seção, analisaremos o nascimento do controle de constitucionalidade, com destaque aos modelos brasileiro e estadunidense.

Quanto ao primeiro, percorreremos os principais pontos existentes em Constituições precedentes, assim como na Constituição Federal de 1988. Já para a análise do sistema estadunidense, haja vista que sua Constituição não prevê expressamente a competência da Suprema Corte para realizar o controle judicial de constitucionalidade, analisaremos o caso *Marbury v. Madison*, marco da *judicial review* estadunidense, assim como dos discursos realizados pelos *founding fathers*.

Destacaremos, ainda, as preocupações surgidas com o nascimento da *judicial review* e o perigo do poder concentrado nas mãos do Poder Judiciário; as divergências em torno do caráter contramajoritário de algumas decisões e a classificação dos doutrinadores e suas teorias acerca das divergências entre constitucionalismo e democracia.

No Brasil, a Constituição Federal atribui ao Supremo Tribunal Federal poder para realizar o controle abstrato de constitucionalidade, nos termos do art. 102, I, a, da CF/1988, o que lhe dá *status* de Tribunal Constitucional – com a diferença de integrar o próprio organograma do Poder Judiciário – assemelhando-se à composição dos Estados Unidos, apesar da inexistência, neste, da forma abstrata de controle de constitucionalidade.

Não há como negarmos que o controle de constitucionalidade vem sofrendo modificações que desaguam no fenômeno do ativismo judicial. O problema existe quando o Poder Judiciário, no intuito de fazer valer sua vontade, profere decisões dotadas de subjetivismo extrapolando os ditames legais, ou invade a esfera de competência dos demais Poderes e torna “sem efeitos uma lei produzida democraticamente, por motivos de discordância política ou ideológica com o seu conteúdo” (ABBOUD; MENDES, 2019, p. 45).

Assim, a prática ativista não está na realização da análise acerca da constitucionalidade ou não das leis, mas no emprego de subjetividade quando da sua realização, uma vez que ao Poder Judiciário é autorizado realizar o controle de constitucionalidade das leis, mas não o emprego de convicções pessoais em detrimento da legalidade.

O simples ato de realizar o controle de constitucionalidade ou de proferir uma decisão contramajoritária, por si só, não revela o ativismo judicial. A decisão ativista é revelada quando o Poder Judiciário atua de forma a extrapolar sua competência, invadindo a esfera dos demais Poderes e fundamentando suas decisões com notório subjetivismo e parcialidade, para não dizer, interesse político.

Assemelha-se à *judicial review* estadunidense o controle difuso de constitucionalidade atribuído aos juízos brasileiros de primeiro e segundo graus. Segundo Tushnet (2006, p. 221), o termo *judicial review* refere-se ao

poder qualificado da Suprema Corte dos Estados Unidos de declarar nulas as normas consideradas inconstitucionais; corresponde a uma criação jurisprudencial da Suprema Corte, não prevista na constituição estadunidense. Diferentemente da tradição inglesa do princípio da supremacia do parlamento, no *judicial review* vigora o princípio da supremacia da constituição, segundo o qual juízes e tribunais devem aplicar diretamente disposição constitucional quando o ato normativo em questão for com ela conflitante. Trata-se, assim, da forma pela qual o controle de constitucionalidade é realizado nos Estados Unidos, com as peculiaridades próprias a essa forma de controle judicial de constitucionalidade no âmbito da tradição da *Common Law* praticada naquele país (tradução nossa).

Assim, na *judicial review* vigora o princípio da supremacia da Constituição, ou seja, é a Constituição o pilar que sustenta todas as demais normas e que deve pautar os julgamentos dos casos concretos.

No Brasil, a *judicial review* ganhou notoriedade desde as primeiras Constituições brasileiras. O modelo brasileiro de controle de constitucionalidade surgiu com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891. Tratava-se de um modelo difuso de controle de constitucionalidade.

Ademais, a mesma Constituição determinou que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário eram harmônicos e independentes entre si, trazendo a ideia de autocontenção entre eles, medida pela qual, diversamente do ativismo judicial, o Poder Judiciário busca reduzir sua interferência nos demais Poderes.

Segundo Barroso (2012, p.10), a principal diferença metodológica entre o ativismo judicial e a autocontenção está no fato de que

o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos.

Já a Constituição Federal de 1988 atribui expressamente competência ao Supremo Tribunal Federal para sua guarda. A Corte é responsável por interpretar a norma, de modo a declarar sua inconstitucionalidade, caso esta não atenda aos ditames constitucionais.

Com a Constituição Federal de 1988, novos atores foram legitimados para o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade; foram criados a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção; instituiu-se subsidiariamente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e, por meio da Emenda Constitucional n. 3, a Ação Declaratória de Constitucionalidade. São todas medidas que provocam o Supremo Tribunal Federal a se manifestar acerca da constitucionalidade ou não das normas trazidas pelos demais Poderes.

Vale mencionarmos a Emenda Constitucional n. 45, que trouxe a Súmula Vinculante, a qual vincularia o Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta.

Deste modo, é inevitável concluirmos que o Poder Judiciário é o responsável por interpretar e aplicar a Constituição às demais normas, como também que o sistema estadunidense exerceu forte influência sobre o sistema brasileiro.

Neste sentido, Augusto (1933, p. 107 *apud* CARDOSO, 2014, p. 219) explica que o direito norte-americano

é o precursor da grande corrente, hoje vencedora, que dá ao poder judiciário o controle da constitucionalidade das regras legislativas. Não é que a Constituição expressamente haja outorgado ao judiciário tão alta prerrogativa. Ela resultou de interpretação dos tribunais, é filha da jurisprudência, e prende-se a remotos antecedentes históricos, acumulados através do tempo.

A Constituição dos Estados Unidos não dispõe expressamente acerca da competência da Suprema Corte para a realização do controle judicial de constitucionalidade das leis. É a história estadunidense que permite este enfoque, em especial, por meio da análise dos discursos dos *founding fathers* e do caso *Marbury v. Madison*, de 1803.

As opiniões dos *founding fathers* não eram unânimes no que tange a determinar a competência da Corte quanto ao controle de constitucionalidade, matéria esta, inclusive, considerada irrelevante dentre os temas objetos de pauta para deliberação.

Quando os debates ocorriam em torno da *judicial review*, levantava-se a ideia de que esta seria o veículo para controlar os Estados, em especial no que tange à legislação estadual, a qual poderia contrapor-se indevidamente à autoridade federal (KRAMER, 2004).

Foi James Madison quem propôs – no intuito de preservar a autoridade federal, haja vista o receio de que houvesse violações por parte das legislações estaduais – solução que ficou conhecida como *congress ou legislative negative*, a qual “permitiria ao Congresso, mediante deliberação própria, impor o seu veto a toda e qualquer lei aprovada pelos Estados que, na opinião dos legisladores nacionais, contrariasse a Constituição” (VICTOR, 2015, *ebook*), o que resolveria, também, “o problema da harmonização das normas editadas pelos Estados-membros da federação com a Constituição” (VICTOR, 2015, *ebook*).

Ocorre que Roger Sherman, representante de Connecticut, discordou da medida apresentada por Madison e foi apoiado por Morris (representante da Pensilvânia), afirmando que “uma lei que deva ser censurada ou vetada certamente o seria pelo próprio Judiciário” (VICTOR, 2015, *ebook*).

Assim, a medida apresentada por Madison não foi aceita. Aprovou-se a proposta trazida por Luther Martin, a *supremacy clause*, que “consistia em obrigar os juízes estaduais a, em caso de conflito, darem prioridade à aplicação do direito federal” (VICTOR, 2015, *ebook*). Com isso, foi dada aos delegados que “não queriam aprovar a proposta de Madison uma pronta saída e, por outro lado, tornou explícita a autorização para a prática do *judicial review*, pelo menos no que concerne às leis estaduais” (VICTOR, 2015, *ebook*).

O empasse relativo ao caso *Marbury v. Madison* teve início ainda quando das eleições disputadas por John Adams (até então Presidente dos Estados Unidos e pertencente ao Partido Federalista) e Thomas Jefferson (candidato do Partido Republicano), no final do ano de 1800.

O domínio dos Federalistas acontecia há anos nos Estado Unidos, inicialmente sob a presidência de George Washington e em continuidade com John Adams. A hegemonia só foi quebrada quando das eleições de 1800, na qual foi eleito Thomas Jefferson.

Inconformados com o resultado das eleições, os Federalistas criaram grande impasse para que o presidente eleito assumisse o cargo. Apenas depois de muita discussão, a Casa dos Representantes reconheceu a vitória de Thomas Jefferson, que foi então empossado por John Marshall.

No entanto, antes de entregarem a legislatura aos Republicanos, os Federalistas aprovaram uma lei conhecida como *Judiciary Act* (em 1801), criando “uma nova rede de Cortes de Circuito, que abrigaria juízes federais por todo o país e, ao mesmo tempo, serviria para alocar os políticos federalistas que deixavam seus mandatos” (VICTOR, 2015, *ebook*).

Foram estabelecidas dez novas cortes distritais e criados mais três tribunais federais, com novos cargos de juízes em cada um deles; caberia ao Presidente, com a aprovação do Congresso, o poder de nomear juízes federais e de paz. Além disso, foi reduzido para cinco o número de juízes que comporiam a Suprema Corte, o que impossibilitaria que Thomas Jefferson nomeasse um novo juiz ao cargo.

Assim, os Republicanos, com medo de que os Federalistas se fortalecessem nas cortes, “aprovaram nova legislação que desfazia as Cortes de Circuito recém-criadas pelos Federalistas e, por conseguinte, afastava dos respectivos cargos os chamados juízes da meia-noite<sup>12</sup>, ou impedia que os remanescentes tomassem posse” (VICTOR, 2015, *ebook*), já que, segundo a Constituição estadunidense, não poderiam ser retirados dos cargos os juízes já comissionados, dadas as garantias de inamovibilidade e independência existentes.

Esta nova legislação que revisava o *Midnight Judges* foi aprovada no primeiro semestre de 1802, gerando duas consequências: “reorganizou a composição dos distritos, retirando as vantagens partidárias que os federalistas haviam criado em seu ato de 1801” (ABBOUD; OLIVEIRA, 2014, p. 6), de modo a criar uma estrutura mais interessante aos Republicanos; além disso, foram criadas, pelo Congresso, “dificuldades para o desenvolvimento da sessão da Suprema Corte durante o ano de 1802 até fevereiro de 1803”

---

<sup>12</sup> Foi o nome dado aos juízes nomeados, por meio da *Judiciary Act* de 1801, no período de transição entre o governo dos Federalistas e dos Republicanos.

(2014, p. 6), com a finalidade de evitar questionamentos judiciais sobre essa nova manobra política.

William Marbury, um dos ‘juizes da meia noite’ indicados pelo Presidente John Adams e aprovado pelo Senado, não foi empossado no cargo por John Marshall, então Secretário de Estado de John Adams, possivelmente por um erro administrativo (VICTOR, 2015, *ebook*). Assim, o Presidente Thomas Jefferson recusou-se a comissionar William Marbury.

Diante da recusa de Thomas Jefferson, William Marbury requereu a James Madison (Secretário de Estado do Governo Jefferson) que o empossasse no cargo, que também se recusou, haja vista a inexistência de diploma de nomeação. Assim, com base na *Judiciary Act* de 1789, Marbury impetrou um mandado de segurança (*writ of mandamus*) na Suprema Corte.

Segundo Silva (2009), a importância da decisão envolvendo o caso *Marbury v. Madison* está com mais força refletida nos argumentos utilizados pelo *Justice*, afirmando a competência da Corte no exercício da revisão judicial, do que no resultado do julgamento.

A Corte voltou a reunir-se em janeiro de 1803, quando Marshall teve de decidir acerca do caso Marbury. A tensão era grande e a Suprema Corte era composta por juizes indicados pelos Federalistas que decidiriam o caso *Marbury v. Madison*.

Para proferir sua decisão, Marshall analisou quatro questões: direito adquirido; se o ordenamento jurídico conferia algum remédio jurídico para requerer o direito; se o *writ of mandamus* era a ação adequada; e se a Suprema Corte era competente para julgar o caso (VICTOR, 2015, *ebook*).

Marshall decidiu resolvendo uma questão preliminar e não propriamente de mérito (ABBOUD; OLIVEIRA, 2014) ao concluir, em suma, que Marbury teria direito adquirido, cabendo ao Secretário de Estado entregar o comissionamento ao interessado e que havia remédio jurídico para requerer o direito existente. Já no que tange ao cabimento do *writ* e a competência da Suprema Corte, a resposta veio com o sopesamento de diversos pontos.

A questão central aqui estava “em saber se o Judiciário poderia dar ordens para que as autoridades do Executivo praticassem determinados atos nesse ou naquele sentido” (VICTOR, 2015, *ebook*), uma vez que isso poderia abrir precedentes para ordens mais invasivas por parte do Poder Judiciário.

Para tanto, Marshall distinguiu atos discricionários de atos regulamentados por determinação legal. Em sua decisão, argumentou que o Poder Judiciário não poderia controlar os atos do Poder Executivo dotados de discricionariedade, por outro lado, “os atos

regulamentados por determinação legal que impõe deveres específicos às autoridades, contudo, poderiam ser objeto de controle por parte do Poder Judiciário” (VICTOR, 2015, *ebook*).

No que tange à competência originária da Suprema Corte para julgar o *writ*, Marshall decidiu pelo não cabimento, ao declarar inconstitucional a *Judiciary Act* de 1789 que embasava a possibilidade de impetrar o *mandamus* diretamente para a Corte. Assim, como destaca Victor (2015, *ebook*):

a interpretação engendrada por Marshall é no sentido de que a Constituição traz regra específica e restritiva quando se refere à competência originária (*original jurisdiction*) da Suprema Corte, a qual não poderia ter sido alargada por lei infraconstitucional. Dessa forma, no caso em exame, a Suprema Corte teria apenas competência recursal, de maneira que Marbury deveria ter proposto seu *writ* em uma Corte inferior (as Cortes inferiores já existiam).

Deste modo, caso o Congresso fosse autorizado a modificar a Constituição tal qual se altera uma lei ordinária, não haveria que se falar em supremacia da Constituição. Essa supremacia seria uma tentativa inóqua de limitar um poder que, ao final, sempre se mostraria ilimitado (ABBOUD; OLIVEIRA, 2014).

Victor (2015, *ebook*) conclui que o caso *Marbury v. Madison* não foi suficientemente importante a ponto de “gerar uma atividade revisionista em larga escala por parte da Suprema Corte, portanto, é possível defender que, apesar de a ideia fazer parte da fundamentação da decisão, ela não levou imediatamente a uma prática de Supremacia Judicial”, haja vista que foram proferidas decisões diferentes em diversos outros casos posteriores.

De todo modo, firmou-se o entendimento majoritário de que o papel de interpretar e aplicar a Constituição caberia ao Poder Judiciário e que o *judicial review* nasceu com o caso *Marbury v. Madison*, em um ambiente jurídico cujo berço é a *common law*, “na qual os juízes têm por dever dizer o que é o direito, por intermédio de uma razão artificial que adquirem mediante horas de estudo disciplinado, somadas à observância e à experiência prática na lide jurídica” (VICTOR, 2015, *ebook*).

Ficou firmado, assim, a possibilidade de o Poder Judiciário rever atos realizados pelo Congresso quando contrários à Constituição, realizando, portanto, o controle de constitucionalidade das leis.

Apesar de majoritário, alguns autores, dentre eles, Continentino (2016, p. 118) afirmam que antes do caso *Marbury v. Madison*, “foram proferidas decisões que já configuravam o ambiente de transição para uma cultura jurídica que viria a dar sustentabilidade à decisão do *chief justice* John Marshall e consagrar-se no conceito de *judicial review*”.

Como exemplo disso, Continentino cita os casos *Holmes v. Walton* de 1780; *Rutgers v. Waddington* de 1784, *Trevett v. Weeden*<sup>13</sup> de 1786, *Bayard v. Singleton*, da Court of Conference da Carolina do Norte<sup>14</sup> de 1787, *Vanhorne's Lessee v. Dorrance* de 1795 e *Hylton v. United States* de 1796.

Por meio do seu estudo, o autor pretendeu identificar fragmentos e indícios históricos, considerando decisões que revelaram elementos comuns, no intuito de nos ajudar a compreender o percurso institucional expansivo do Poder Judiciário e da modificação conceitual da Constituição (CONTINENTINO, 2016), uma vez que para ele, “não parece razoável aceitar a versão segundo a qual o caso *Marbury* é estabelecido como o marco da origem do *judicial review* nos Estados Unidos, já que a complexidade da história não se deixa explicar, em toda sua amplitude, por meio de fatos únicos e isolados” (2016, p. 116).

Abboud e Oliveira (2014) também concordam com a afirmação de que o caso *Marbury v. Madison* não foi o que deu origem à *judicial review*. Para os autores, o caso *Bonham*<sup>15</sup> é o principal antecedente da criação da *judicial review*, o mais importante “para a formação e a consolidação da técnica da *judicial review* consagrada no caso *Marbury v. Madison*” (2014, p. 3). Ou seja, o caso *Marbury v. Madison* foi responsável por consolidar os argumentos nascidos no caso *Bonham*, consagrando a *judicial review*.

Assim, consideramos relevante a análise da história do *judicial review* nos Estados Unidos, pois nos leva a compreender “algumas características presentes na afirmação do controle judicial de constitucionalidade, que auxiliarão, inclusive, no estudo da história do controle de constitucionalidade no Brasil” (CONTINENTINO, 2016, p. 115).

Neste sentido estão Abboud e Oliveira (2014, p. 4), quando afirmam que tivemos sorte por herdarmos

o democrático instituto do controle difuso de constitucionalidade das leis, justamente para não esquecermos de que todo caso concreto demanda atividade interpretativa para sua resolução, do mesmo modo que todo texto normativo abstrato, ainda que dotado de efeito vinculante, pode ser afastado quando sua incidência se apresentar inconstitucional no caso concreto. Ou seja, é a *judicial review* que nos ensinou ser possível ao juiz, em hipóteses excepcionais, se afastar da lei no caso concreto para se aproximar da Constituição.

<sup>13</sup> A decisão proferida neste caso foi apontada como um importante precedente acerca do controle judicial “e, talvez, como o primeiro caso de declaração de inconstitucionalidade de lei em face de sua incompatibilidade com a norma fundamental” (CONTINENTINO, 2016, p. 123).

<sup>14</sup> Reivindica-se a “primogenitura da prática do *judicial review*, isto é, que teria sido o primeiro caso no qual uma corte se recusou a aplicar ao caso concreto uma lei editada pela Assembleia por ofensa à Constituição” (CONTINENTINO, 2016, p. 123).

<sup>15</sup> Em inglês *Bonham's case – The College of Physicians vs. Dr. Thomas Bonham*. Recomendamos a leitura da decisão sobre o caso Bonham: THOMAS, John Henry; FRASER, John Farquhar (org.). **The reports of Sir Edward Coke in thirteen parties**. London: Joseph Butterworth and Son, n. 107a-121a, v. IV, 1826, p. 355-383.

Com isso, a Constituição deixa de ser apenas uma norma jurídica, que servia de simples direcionamento moral e político, ainda apoiada nas diretrizes da Constituição inglesa, para se tornar uma norma vinculante para o caso concreto.

O constitucionalismo estadunidense criou uma nova modalidade de limitação do poder. No entanto, com a *judicial review* nasceu também a preocupação com o poder da última palavra atribuído ao Poder Judiciário.

Thomas Jefferson, ao longo da história, por diversas vezes manifestou sua preocupação neste sentido, levantando o perigo do poder concentrado nas mãos do Poder Judiciário. Em uma de suas cartas – que apesar de escrita em 1820 para Willian C. Jarvis, parece-nos muito atual – destaca que atribuir aos juízes a qualidade de últimos árbitros para questões constitucionais é muito perigoso, pois, apesar de honestos como quaisquer outros homens, possuem – também como quaisquer outros homens – paixões por partidos políticos, poder, privilégios; além disso, passam suas vidas em escritórios e não respondem ao eleitor – pois não foram por eles eleitos – como respondem os que assim o são (JEFFERSON, 1854 *apud* ABBOUD; OLIVEIRA, 2014).

Notamos que a preocupação de Thomas Jefferson está diretamente atrelada à possibilidade de serem proferidas decisões de cunho subjetivo, ou seja, direcionadas por interesses e parcialidade, o que pode gerar consequências irreversíveis à sociedade.

Mas, a discussão acerca do poder da última palavra atribuído ao Poder Judiciário com o nascimento da *judicial review* não é a única preocupação. Os teóricos constitucionalistas não são unânimes quanto ao exercício do *judicial review* e o caráter contramajoritário inerente à decisão que invalida leis e atos governamentais.

Cardoso (2014, p. 219) destaca esta divergência:

enquanto alguns sustentam que o controle de constitucionalidade é desejável exatamente pelo seu caráter contramajoritário, ao argumento de que os direitos constitucionais não estão sujeitos à vontade da maioria, outros criticam o *judicial review* justamente pelo fato de interferir na vontade majoritária, ao argumento de que seriam antidemocráticas as decisões judiciais que invalidam leis e atos governamentais.

Deste modo, a divergência não consiste na existência do caráter contramajoritário do controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário, mas nos efeitos da decisão contramajoritária. Isto ocorre porque enquanto parte dos constitucionalistas entende que os direitos garantidos pela Constituição não estão sujeitos à vontade da maioria, outros argumentam que a representação da vontade da maioria pelo Poder Legislativo, quando da

elaboração das leis, ou quando da execução de atos governamentais, é suficiente para garantir a democracia e o direito para todos.

Assim, sempre que a Suprema Corte foi chamada a decidir questões de grande repercussão, o embate não se restringiu à tensão entre as instituições (Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário), mas existiu também entre ideais políticos, quais sejam, constitucionalismo e democracia. Com isso, surgiram muitas teorias e doutrinadores dispostos a discutir e a solucionar este empasse.

Sultany (2012) traz uma classificação interessante sobre o tema ao dividir os autores em *deniers*, *reconcilers*, *endorsers* e *dissolvers*.

Os *deniers* negam a existência da tensão entre constitucionalismo e democracia. Dentre eles, citamos Ronald Dworkin, Bruce Ackerman e Frederick Schauer. Os *reconcilers* defendem a interpretação por meio da conciliação, objetivando reconciliar as duas categorias (constitucionalismo e democracia) e compõem com os *deniers* o grupo alinhado ao discurso da união. São eles: John Hart Ely, Cass Sunstein e Larry Kramer (SULTANY, 2012).

Já os *endorsers*, apesar de reconhecerem que há um caráter irreconciliável da tensão, concordam com ela. Estão entre os autores desse grupo Frank Michelman, Louis Seidman e Laurence Tribe. Por fim, os *dissolvers*, que juntamente com os *endorsers* compõem o grupo do discurso da desunião; renunciam à *judicial review*, pois discordam da supremacia do Poder Judiciário e, assim, dissolvem a tensão, atribuindo validade à legislação. Neste grupo estão Jeremy Waldron, Richard Parker e Mark Tushnet (SULTANY, 2012).

São diversas as teorias existentes. Nas próximas seções, destacaremos, dada sua relevância, a teoria do constitucionalismo popular, que possui dentre seus idealizadores Larry Kramer; e a teoria do diálogo constitucional, de Christine Bateup; teorias estas que tentam minimizar os efeitos causados pela “dificuldade contramajoritária<sup>16</sup>” e, assim, garantir o respeito à concretização dos preceitos fundamentais.

### 3.2.1 O Constitucionalismo Popular e as Teorias do Diálogo Constitucional

Conforme discorreremos, a Constituição estadunidense não autoriza expressamente que o Poder Judiciário realize o controle de constitucionalidade das leis. Com isso, a análise de casos concretos, assim como dos debates dos *founding fathers*, ganhou ainda maior relevância.

---

<sup>16</sup> A expressão “dificuldade contramajoritária” ficou popularmente conhecida pelo trabalho realizado por Alexander Bickel, na obra *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at de Bar of Politics*, a qual será abordada na seção 4.2 desta pesquisa.

Nesta seção, analisaremos as teorias do constitucionalismo popular e do diálogo constitucional visando esclarecer suas diferenças e objetivos.

Ao analisar os discursos dos *founding fathers*, Kramer conclui que segundo a maioria deles, a Constituição era objeto de reivindicação popular, logo, não caberia à Corte o controle das leis: “era uma responsabilidade delegada ao legislativo decidir quanto à constitucionalidade de um projeto de lei, sujeito à supervisão do povo. Os tribunais não tinham a ver com isso, e estavam agindo como intrusos se tentassem questionar a decisão do legislativo” (KRAMER, 2004, p. 59) (tradução nossa)<sup>17</sup>.

O autor acrescenta que apesar de muitos *founding fathers* visualizarem a função de controle de constitucionalidade existente, jamais entenderam a importância e o poder deste instituto conforme verificamos atualmente. Para eles, o *judicial review* era um instituto de exceção, a ser aplicado apenas em casos específicos (KRAMER, 2006).

Por outro lado, apesar de não saber precisar o momento correto, Kramer (2006) afirma que em algum momento da geração passada, os estadunidenses passaram a acreditar que não deveriam ser mais eles os responsáveis por interpretar a Constituição, devendo esta função ser delegada a outros, o que pode justificar o monopólio judicial da interpretação constitucional como inexorável e inevitável, e como algo que acaba por salvar os próprios cidadãos. Começam, portanto, a preocupar-se mais com a questão da supremacia judicial, do que com a *judicial review* em si.

Kramer é um dos mais importantes defensores do chamado constitucionalismo popular. Segundo o autor (2006), é o povo quem deve atuar na fiscalização dos limites impostos pela Constituição ao governo e não o Poder Judiciário, contestando assim a supremacia do Poder Judiciário como última palavra e defendendo a participação popular no ato de interpretar a Constituição. Para ele, o controle de constitucionalidade aconteceria sem que houvesse a supremacia judicial, sendo o povo o responsável por esta tarefa.

Como destaca Cardoso (2014, p. 220),

o constitucionalismo popular basicamente reivindica uma maior participação dos cidadãos na determinação do significado constitucional, demonstrando, em maior ou menor medida, uma hostilidade às dinâmicas da supremacia judicial, que colocam a Suprema Corte como único ente legitimado a interpretar e aplicar Constituição.

---

<sup>17</sup> Texto original em inglês: “It was the legislature’s delegated responsibility to decide whether a proposed law was constitutionally authorized, subject to oversight by the people. Courts simply had nothing to do with it, and they were acting as interlopers if they tried to second-guess the legislature’s decision” (KRAMER, 2004, p. 59).

Assim, é possível identificar que “os teóricos do constitucionalismo popular estão reunidos em uma desconfiança comum em face do elitismo da Suprema Corte americana” (CARDOSO, 2014, p. 220), por entenderem que o governo pertence ao povo, rechaçando a ideia de pertencimento ao Poder Judiciário ou a qualquer outro Poder.

Kramer (2006) defende que a supremacia judicial tem como mecanismo desviar e atenuar a energia do constitucionalismo popular, maximizando a autoridade da Corte e implicando uma atitude de deferência e de submissão do povo diante de suas falhas. Apesar disso, reconhece que, com a aceitação pelo povo da supremacia judicial, desaparecem também os questionamentos públicos acerca da autoridade judicial para dar a última palavra a respeito da interpretação constitucional.

O Poder Judiciário, como órgão máximo e incontestável, não nos parece, de fato, ser a melhor saída para concretizar a democracia e entregar direitos fundamentais. De todo modo, a concentração de todo poder nos demais Poderes, pelo simples fato de que estes representam a sociedade, uma vez que são compostos por membros escolhidos pelo povo, também não é de total acerto.

Ao nosso sentir, o controle de constitucionalidade deve ser realizado pelo Poder Judiciário, que deve ter como limite de sua interpretação os ditames constitucionais – mesmo que seus membros não tenham sido eleitos pelo povo. O que não se deve admitir é que sob o fundamento de buscar a vontade da lei, o Poder Judiciário utilize critérios subjetivos que contrariem a Constituição Federal, praticando assim o ativismo judicial. Ademais, o Poder Judiciário é totalmente capaz para dialogar com as instituições, de maneira a interpretar corretamente e entregar direitos fundamentais.

Como ressalta Cardoso (2014), dentre as teorizações existentes e, de algum modo, alinhadas às premissas do constitucionalismo popular, “podemos verificar várias perspectivas para a supremacia judicial, que vão desde a sua abolição até a sua legitimação mediante o compartilhamento (com o povo e/ou outros atores institucionais) do poder de interpretar a Constituição” (CARDOSO, 2014, 221).

Bateup (2005) invoca a teoria do diálogo constitucional, por meio da qual o monopólio do Poder Judiciário no que tange à função de interpretar a Constituição deve ser mitigado. Segundo a autora, é necessária uma interação entre o Poder Judiciário e outras instâncias políticas para a realização do controle de constitucionalidade, atenuando o que Bickel nomeou de “dificuldade contramajoritária”<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> As teorias de Alexander M. Bickel (“dificuldade contramajoritária” e “virtudes passivas”) serão estudadas no próximo capítulo.

A autora analisa as teorias do diálogo constitucional objetivando demonstrar como elas reagem diante da “dificuldade contramajoritária”, para, depois, “apresentar uma teoria própria, que efetivamente resolva o *déficit* democrático do *judicial review*” (CARDOSO, 2014, p. 222).

Bateup (2005) avalia duas categorias de teorias dialógicas: as teorias do método judicial e as teorias estruturais do diálogo.

Dentre as teorias do método judicial, a autora destaca as teorias do aconselhamento judicial, as teorias centradas no processo e o minimalismo judicial. E, dentre as teorias estruturais do diálogo, chama atenção para as teorias da construção coordenada, as teorias dos princípios jurídicos, as teorias do equilíbrio e as teorias da parceria (CARDOSO, 2014).

A teoria do método judicial abrange uma relação entre os Poderes que envolve desde o uso de técnicas de interpretação até a tomada de decisões por parte do Poder Judiciário, a fim de recomendar ações para os demais Poderes (teoria do aconselhamento judicial), como também a motivação das Cortes para interagir com outros Poderes, de modo que possa avaliar se as suas deliberações estão em sintonia com as decisões políticas proferidas e a Constituição (teorias centradas no processo) (BATEUP, 2005).

Já as teorias estruturais do diálogo estão voltadas a uma dinâmica exógena “do diálogo constitucional no âmbito dos arranjos institucionais” (CARDOSO, 2014, p. 222), as quais podem admitir a possibilidade, inclusive, de uma interpretação extrajudicial “em uma dinâmica em que a Corte é um intérprete a mais” (CARDOSO, 2014, p. 223) (teorias da construção coordenada) e também, o controle, pelos Poderes políticos, de eventual erro na interpretação judicial em matérias envolvendo princípios (CARDOSO, 2014) (teorias dos princípios jurídicos).

As teorias do equilíbrio e da parceria – as quais retomaremos na seção seguinte – também contidas dentre as teorias estruturais do diálogo, incentivam o diálogo, seja “na facilitação e promoção do debate constitucional em toda a sociedade”<sup>19</sup> (CARDOSO, 2014, p. 223), seja quando possibilita a “interação dialógica entre o Poder Judiciário e as demais instâncias políticas”<sup>20</sup> (CARDOSO, 2014, p. 223).

Segundo Mendes (2008, p. 15), as teorias dos diálogos

defendem que não deve haver competição ou conflito pela última palavra, mas um diálogo permanente e cooperativo entre instituições que, por meio de suas singulares expertises e contextos decisórios, são parceiros na busca do melhor significado

<sup>19</sup> Teoria do equilíbrio defendida por Barry Friedman, Robert Post e Reva Siegel.

<sup>20</sup> Teoria da parceria.

constitucional. Assim, não haveria prioridade, hierarquia ou verticalidade entre instituições lutando pelo monopólio decisório sobre direitos fundamentais.

Os diálogos entre o Poder Judiciário e os Poderes políticos, o envolvimento da sociedade nestas discussões a fim de garantir a aplicabilidade dos princípios constitucionais, assim como a correta interpretação do texto constitucional é o que defendemos neste estudo como pontos fundamentais para a entrega do direito constitucionalmente garantido.

Neste sentido, Kozicki e Araújo (2015, p. 125) propõem:

em um mundo em que cortes e parlamentos discordariam razoavelmente sobre justiça e, especificamente, sobre a compatibilidade entre lei ordinária e lei suprema, o diálogo talvez seja a maior vantagem do modelo fraco<sup>21</sup> de *judicial review*. O diálogo permitiria ao Judiciário informar o Legislativo sobre sua interpretação do texto constitucional e, também, autorizaria o Legislativo a responder e agir segundo sua interpretação, mas agora subsidiado pelo Judiciário sobre aspectos constitucionais das suas decisões que lhe faltassem em um primeiro momento. A forma fraca permitiria ao Legislativo a análise constitucional dos seus atos sem que lhe seja retirada a faculdade de reeditá-los caso conclua por sua inadequação ou inconsistência.

Assim, as teorias do diálogo “tentam escapar da armadilha da última palavra e defendem uma atitude teórica que rompa essa camisa-de-força” (MENDES, 2008, p. 98), conferindo a todos o direito de participar das decisões e, cada um em sua especialidade, contribuir para uma correta análise da Constituição Federal.

No próximo capítulo trataremos dos diálogos institucionais, retomando, para tanto, as teorias do equilíbrio e da parceria, contidas dentre as teorias estruturais do diálogo trazidas por Bateup. Além disso, discutiremos as “dificuldades contramajoritárias” e as “virtudes passivas” trazidas por Alexander Bickel, além do minimalismo judicial encampado por Cass Sunstein e a teoria do constitucionalismo democrático de Robert Post e Reva Siegel, de modo a nos auxiliar na compreensão do tema em estudo.

---

<sup>21</sup> Os autores se referem à teoria de Alexander Bickel acerca das “virtudes passivas”. Para um entendimento mais aprofundado do pensamento dos autores, recomendamos: KOZICKI, Katya; ARAÚJO, Eduardo Borges. Um contraponto fraco a um modelo forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. **Sequência** Florianópolis, n. 71, p. 107-132, jul.-dez. 2015. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2177-70552015000200107&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552015000200107&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 5 ago. 2020.

#### 4 DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

Conforme notamos ao longo dos capítulos anteriores, as atividades dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, além de influenciarem diretamente na efetivação dos direitos constitucionais básicos atribuídos aos cidadãos, são objetos de discussão já de longa data.

Seja na forma de agir, ou na forma de interagir, o bom desempenho dos Poderes é fundamental para o andamento do país, assim como para determinar o papel da jurisdição constitucional na esfera da separação deste Poderes.

Quando tratamos em seção própria a separação dos Poderes, objetivamos demonstrar o quanto importante é a atuação e a limitação de cada um dos Poderes – não nos referindo à forma arcaica e metódica de separação, mas ao enfoque de limitação de poder político, com destaque para o caráter estruturante e os parâmetros limitantes dos atos dos Poderes trazidos por esta separação.

Ademais, dentre as atribuições de cada Poder, não há como negarmos que a realização do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário é o que gera maior impasse, haja vista as discussões acerca dos limites desta competência e da existência do ativismo judicial em meio às recorrentes decisões contramajoritárias proferidas.

Kramer foi um forte combatente da afirmação de que o controle de constitucionalidade está nas mãos do Poder Judiciário, defendendo, por meio do constitucionalismo popular, que a interpretação da Constituição caberia ao próprio povo.

Igualmente Waldron, que também discorda do monopólio da interpretação da Constituição pelo Poder Judiciário e da supremacia judicial, critica severamente a instituição da *judicial review* (VICTOR, 2015, *ebook*).

Por outro lado, a Constituição Federal brasileira atribuiu expressamente ao Poder Judiciário, em especial ao Supremo Tribunal Federal, o exercício do controle de constitucionalidade, o qual deve ser executado sem qualquer espécie de subjetivismo, extrapolação da lei ou interesses políticos.

As decisões, quando fundamentadas em convicções pessoais, parcialidade, discricionariedade – características marcantes do ativismo judicial – deixam de ser legítimas e passam a ser tomadas pela ilegalidade. O ativismo judicial é capaz de desestruturar o sistema e, ao contrário do que se pretende, em alguns casos, poderá impedir a entrega de direitos básicos dos cidadãos. Apesar disso, muitos ainda defendem sua necessidade.

Deste modo, tendo em vista a falta de unanimidade acerca da supremacia do Poder Judiciário e da disposição constitucional que permite realizar o controle de constitucionalidade por este Poder, no presente capítulo estudaremos a necessidade dos diálogos institucionais para solucionar os conflitos, de modo a atender com imparcialidade, e conforme os preceitos legais e constitucionais, às necessidades da sociedade, sem extrapolar competências de quaisquer dos Poderes, mas voltados à efetiva aplicação da lei e da Constituição Federal com a concretização dos direitos constitucionalmente garantidos aos cidadãos.

Inicialmente, vale mencionarmos que o diálogo “é uma imagem fecunda e expressiva para a política. É signo de igualdade, de respeito mútuo e de reciprocidade. Denota uma relação horizontal e não hierárquica. Carrega, portanto, um valor sedutor para justificar decisões de autoridade” (MENDES, 2008, p. 97).

Como alicerce para a realização da discussão acerca da necessidade dos diálogos institucionais, assim como para a abordagem das teorias do diálogo (as quais serão levantadas na sequência), podemos citar a separação dos Poderes.

Importante mencionarmos, desde já, que “o diálogo institucional não viola as competências dos Poderes envolvidos, mas os (re)insere no sistema de freios e contrapesos em um nível não previsto por Montesquieu, concernente à interpretação da Constituição” (VICTOR, 2015, *ebook*). E, para além disso, o diálogo, uma vez que estimula a participação conjunta dos Poderes nos debates constitucionais, acaba por aumentar “o nível e a qualidade da democracia vivida no país” (VICTOR, 2015, *ebook*).

Retomando a importância das teorias do diálogo, importante frisarmos que elas também consideram a interação com o legislador e enxergam o diálogo como algo necessário para a manutenção da correta separação dos Poderes. Elas não têm por finalidade realizar um sopesamento de valores e determinar a importância de cada um dos Poderes, mas pretendem demonstrar a necessidade e a importância do diálogo entre as instituições.

Assim, a partir da análise das teorias do diálogo, é possível visualizarmos a desnecessidade do poder da última palavra estar concentrado no Poder Judiciário e a necessidade da existência do diálogo entre os Poderes, as Cortes, os grupos especializados no assunto em discussão e os movimentos sociais para uma correta entrega de direitos fundamentais.

De todo modo, preocupações levantadas por constitucionalistas acerca do caráter contramajoritário do controle de constitucionalidade, da preocupação acerca da supremacia do Poder Judiciário, ou da possibilidade de acontecer um governo de juízes podem ser

minimizadas quando da realização dos diálogos institucionais, haja vista que a solução para o problema é dada por meio do debate, não havendo, portanto, concentração de poder.

Neste sentido, Clève e Lorenzetto (2015, p. 189-190) destacam:

a prática dos diálogos institucionais procura evidenciar pelo menos dois aspectos a respeito da formulação de decisões de casos controvertidos. Primeiro, as decisões, tomadas em qualquer um dos poderes, passam a ter um caráter parcialmente definitivo, pois, podem ser contestadas em outras instâncias públicas. Segundo, cada espaço de poder possui características que o potencializam ou o inibem para a realização de tomada de decisões. Isso reafirma a necessidade de canais de diálogo entre as instituições, pois, uma pode ter melhores condições que outra para lidar com o caso concreto em apreço. Destarte, do mesmo modo que o Legislativo costuma adotar um discurso político para a formação de consenso, o Judiciário precisa traduzir demandas políticas em termos jurídicos.

Será possível encontrar nas teorias do diálogo alguns denominadores comuns, como, por exemplo, “a recusa da visão juricêntrica e do monopólio judicial na interpretação da constituição, a qual é e deve ser legitimamente exercida pelos outros poderes” (MENDES, 2008, p. 98), assim como “a rejeição da existência de uma última palavra, ou, pelo menos, de que a corte a detenha por meio da revisão judicial” (MENDES, 2008, p. 99).

Já como ponto de divergência, podemos destacar, basicamente, as atuações passivas e minimalistas, como as defendidas por Bickel e Sunstein e as intervenções ativas e maximalistas, defendidas por Siegel e Post.

Estes entendimentos influenciam diretamente nas decisões proferidas quando da realização do controle de constitucionalidade e, por consequência, na identificação de decisões proativas, revelando, cada qual com seus conceitos e entendimentos, os limites de atuação do Poder Judiciário.

Assim, dada a importância para o nosso estudo, analisaremos na sequência as teorias do equilíbrio e da parceria, assim como a teoria do minimalismo judicial – que defende uma atuação mais contida por parte do Poder Judiciário – e a teoria do constitucionalismo democrático, a qual vê como interessante uma decisão maximalista para resolver questões morais controvertidas.

#### 4.1 DAS TEORIAS ESTRUTURAIS DO DIÁLOGO

Christine Bateup se propôs a mapear as teorias dialógicas, classificando-as em teorias do método judicial e teorias estruturais do diálogo. Dentre estas últimas, estão as teorias da construção coordenada, dos princípios jurídicos, do equilíbrio e da parceria.

Para esta seção, analisaremos, ainda que sucintamente, as teorias do equilíbrio e da parceria, e a fusão dialógica trazida por Bateup, de maneira a destacar a importância dos diálogos institucionais envolvendo a sociedade, os Poderes e as instâncias políticas.

#### 4.1.1 Teorias do Equilíbrio

Conforme explica Bateup (2005, p. 57), a teoria do diálogo do equilíbrio

fornece uma maneira alternativa de conceber o papel especial do judiciário no diálogo constitucional que não privilegia as contribuições judiciais. Nessa teoria, esse papel é descrito como o de fomentar a discussão constitucional em toda a sociedade que, em última análise, leva a um equilíbrio estabelecido sobre o significado constitucional (tradução nossa)<sup>22</sup>.

Assim, a teoria do equilíbrio defende a abertura, desde logo, de uma discussão sobre a matéria controvertida com a sociedade, ou seja, um diálogo sem restringir o direcionamento da discussão apenas ao Poder Judiciário. Neste contexto, o Poder Judiciário deve agir como facilitador, contribuindo para a participação da sociedade e para o equilíbrio na tomada das decisões.

Neste sentido, Friedman (1993), um dos defensores desta teoria, destaca que a opinião pública é uma das principais forças para controlar o Tribunal – é uma tendência as decisões judiciais considerarem a opinião pública.

Assim, segundo esta teoria, a Corte desempenha um papel ativo, a fim de absorver o entendimento constitucional do povo. Igualmente, o direito constitucional não deve ser desenvolvido pelo Poder Judiciário de forma isolada, mas de maneira a agregar os valores e as crenças dos atores não judiciais. Isso fará com que as decisões sejam mais equilibradas e melhor aceitas pela sociedade (BATEUP, 2007), o que pode, inclusive, minimizar o efeito *backlash* ocasionado por muitas decisões.

Apesar dos pontos positivos trazidos por esta teoria, a ausência de um conceito completo acerca da *judicial review* no constitucionalismo democrático, a falta de uma explicação clara sobre a funcionalidade da dinâmica proposta por esta teoria fora do sistema estadunidense e o risco de, incluindo a sociedade no diálogo, enfraquecê-lo entre o Poder

---

<sup>22</sup> Texto em inglês: “Equilibrium theories of dialogue provide an alternative way of conceiving of the special judicial role in constitutional dialogue that does not privilege judicial contributions. In these theories, this role is described as one of fostering society-wide constitutional discussion that ultimately leads to a settled equilibrium about constitutional meaning”.

Judiciário e os Poderes políticos de menor apelo popular, foram causadores de muitas das críticas a esta teoria (BATEUP, 2005).

Sendo assim, tal como se apresenta, não nos parece, inicialmente, ser esta teoria suficiente para implementar um diálogo capaz de garantir a entrega de direitos fundamentais a partir de uma correta e imparcial interpretação do texto constitucional. É necessário, para tanto, uma melhor elaboração e adequação de sua aplicabilidade ao sistema brasileiro.

De todo modo, a participação da sociedade na análise de questões controvertidas levadas ao Poder Judiciário por meio dos diálogos é de suma importância, haja vista que enriquece o debate, possibilita ampliar a visão da Corte, beneficia a democracia, e pode, inclusive, minimizar o efeito *backlash*.

#### 4.1.2 Teoria da Parceria

A teoria da parceria, conforme indica o próprio nome, propõe uma parceria entre os Poderes, de modo que cada um deverá contribuir com suas especificidades. Assim, os atores judiciais e não judiciais são, portanto, concebidos como participantes iguais na tomada de decisão constitucional, podendo dialogar e, deste modo, contribuir na busca de melhores respostas a partir de suas perspectivas institucionais singulares (BATEUP, 2005).

Os Poderes deverão, para um diálogo efetivo, “trocar argumentos racionais, se abster de decidir nos pontos em que outras instituições têm mais capacidade e/ou legitimidade de tomar suas próprias decisões de modo a desenvolver as decisões já tomadas por outras instituições” (SILVEIRA, 2019, p. 51).

Esse compartilhamento de ideias – em busca dos diálogos institucionais – deve ser regado de razoabilidade e de modéstia, de maneira a se equilibrar os posicionamentos e estabelecer um consenso para proferir a decisão. Por vezes, será necessário que cada um modifique suas convicções ou simplesmente aceite a do outro Poder para a entrega da decisão.

Este talvez seja o maior desafio para a efetividade desta teoria, uma vez que não haverá a supremacia para o Poder Judiciário, assim como o Poder Legislativo não poderá impor suas razões. Ademais, levanta-se também como negativo para esta teoria, o fato dela não contemplar o envolvimento direto da sociedade, conforme proposto pelas teorias do equilíbrio.

De todo modo, importante salientarmos a relevância da colaboração entre os Poderes, de maneira a permitir uma melhor construção dos sentidos constitucionais.

Sendo assim, dada a importância dos diálogos entre os Poderes e a sociedade, envolvendo entes especializados em assuntos controvertidos levados ao Poder Judiciário, Bateup propõe a fusão destas duas teorias, conforme veremos na sequência.

#### 4.1.3 Fusão Dialógica

Diante das dificuldades encontradas para a implementação das teorias da parceria e do equilíbrio, Bateup (2005, p. 84) defende que a melhor maneira para se “alcançar uma compreensão normativamente satisfatória do diálogo constitucional emerge através da fusão dinâmica dos modelos de diálogo de equilíbrio e parceria” (tradução nossa).

Conforme expusemos nas seções precedentes, enquanto o objetivo da teoria do equilíbrio – tendo como facilitador o Poder Judiciário – é o de chamar a sociedade para a discussão constitucional, a teoria da parceria busca um diálogo entre os Poderes Judiciário e Legislativo destacando, de cada um deles, suas especificidades institucionais.

Importante ressaltarmos que o diálogo deve, idealmente, incorporar aspectos institucionais e gerais da sociedade. Assim, a fusão entre estas teorias “fornece a visão normativa mais forte do papel da *judicial review* no constitucionalismo moderno e também as maiores possibilidades para projetar sistemas constitucionais aprimorados que possam realmente cumprir a promessa dialógica” (BATEUP, 2005, p. 84) (tradução nossa).

Deste modo, entendemos que maior efetividade poderá ser vista quando da realização dos diálogos institucionais se estes acontecerem não apenas entre os Poderes Legislativo e Judiciário, mas se envolverem a sociedade como um todo, seja por meio de grupos especializados no assunto posto em discussão, seja por meio de movimentos sociais organizados.

Por fim, levanta Bateup (2005, p. 85) que “o desafio que permanece para os teóricos constitucionais é pensar em mecanismos de *design* criativo que permitirão que essa visão de diálogo seja mais plenamente realizada nos sistemas constitucionais em todo o mundo” (tradução nossa), o que, de fato, limita sua implementação.

No Brasil, é possível, no que tange à participação popular, que esta seja realizada por meio do *amicus curiae* ou de audiências públicas<sup>23</sup>, o que pode minimizar a dificuldade

---

<sup>23</sup> Para um exame mais detalhado do *amicus curiae* e da audiência pública no âmbito dos diálogos institucionais, recomendamos: VALLE, Vanice Regina Lírio do; SILVA, Cecília de Almeida. Abertura dialógica no controle abstrato de constitucionalidade: um olhar ainda preceitual. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 42, p. 105-129, out.-dez. 2010. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/318>. Acesso em: 29 jul. 2020.

trazida por Bateup. Apesar disso, a utilização destes institutos não garante que o objetivo alvejado pelos diálogos seja alcançado.

Há também grande dificuldade em delimitar o diálogo entre os Poderes, de maneira que, consensualmente, definam parâmetros claros para este diálogo e garantam a entrega de direitos constitucionais, interpretando a Constituição e seus princípios sem parcialidade.

Como observa Victor (2015, *ebook*), “no Brasil, a forma mais comum de diálogo institucional entre o STF e o Congresso é por meio da aprovação de emenda como resposta à decisão. Isso ocorre porque, com a aprovação de emenda constitucional, o Congresso praticamente garante que dará a última carta no jogo (pelo menos provisoriamente)”, superando, deste modo, a decisão judicial e desvirtuando, ao nosso ver, o intuito dos diálogos institucionais.

Assim, diante das dificuldades postas, nosso estudo exige também a análise do minimalismo judicial e do constitucionalismo democrático no contexto dos diálogos institucionais.

## 4.2 DO MINIMALISMO JUDICIAL

A presente seção se propõe, tendo em vista a estudo dos diálogos institucionais, analisar a dificuldade contramajoritária e as “virtudes passivas” no âmbito da teoria do minimalismo judicial trazida por Bickel e adotada – com as diferenças demonstradas ao longo do texto – por Sunstein.

Ademais, abordaremos a importância do constitucionalismo democrático defendido por Post e Siegel, com destaque para as diferenças entre este e o minimalismo judicial.

### 4.2.1 Da Dificuldade Contramajoritária e das “Virtudes Passivas”

Com a decisão advinda do caso *Marbury v. Madison* – ressalvadas as colocações em sentido oposto debatidas em seção precedente – nasceu a *judicial review* e, com ela, a possibilidade de juízes (não eleitos democraticamente pelo povo) serem legitimados para realizar o controle de constitucionalidade das leis editadas, por sua vez, por sujeitos eleitos pelo povo para governar o país e, assim, colocarem em prática a vontade deste, garantindo seus direitos constitucionais.

Destacamos, portanto, um impasse. A prática do controle de constitucionalidade estaria nas mãos de juízes não eleitos que, por consequência, declarariam inconstitucionais leis

editadas por legisladores eleitos pela maioria do povo e que têm o dever de representá-los, assim como de prestar-lhes conta.

Esta prática, aparentemente antidemocrática, pode culminar na ideia de um governo de juízes ou, em outras palavras, na ideia de que haverá um governo pelo Poder Judiciário. A partir deste entendimento, nasceu grande preocupação entre os governantes e estudiosos, e, com ela, surgiram diversas teorias e discussões, dentre as quais a da “dificuldade contramajoritária” trazida por Bickel, objeto da nossa análise na próxima seção.

A dificuldade contramajoritária enfrentada pela noção de controle judicial de constitucionalidade é uma das grandes questões de discussão quando se debate *judicial review*. Bickel é autor muito conhecido pelas questões e expressões levantadas dentro da teoria constitucional contemporânea, dentre elas, a “dificuldade contramajoritária”.

A obra de Bickel nasceu na década de 1960, momento conturbado da sociedade americana, uma vez que a Suprema Corte havia assumido papel de protagonista e o ativismo judicial era destaque nas decisões, revelando a ideia de supremacia do Poder Judiciário.

Assim, o sistema estadunidense foi fundado nos moldes do sistema proposto por James Madison, com necessidade permanente, como afirma Victor (2015, *ebook*), de reconciliação entre dois princípios opostos:

O primeiro, o direito ao autogoverno, que significa que a maioria tem direito a governar, simplesmente por uma questão numérica: a opinião do maior número de pessoas deve prevalecer. O segundo princípio, oposto ao primeiro, é que há algumas medidas que a maioria não pode adotar por serem ofensivas aos direitos da minoria: em algumas áreas, os indivíduos devem ser livres, não devem ser coagidos pela vontade da maioria.

Assim, o dilema do sistema de James Madison repousa também na dúvida em quem confiar o poder para definir os limites entre a autoridade democrática e a liberdade individual, uma vez que, confiando, seja à maioria ou à minoria, existe o risco de tirania (VICTOR, 2015, *ebook*).

Bickel vem para enfrentar este dilema e o denomina “dificuldade contramajoritária”, haja vista a contradição existente entre o caráter não democrático da *judicial review* estar fundamentado “em um sistema de governo que deriva a legitimidade de seu funcionamento da regra da maioria” (VICTOR, 2015, *ebook*).

O autor entende que a Suprema Corte, quando declara uma lei inconstitucional, “exerce controle, não em favor da maioria predominante, mas contra ela (tradução nossa)<sup>24</sup>”

---

<sup>24</sup> Texto original em inglês: “exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it”.

(BICKEL, 1986, p. 16-17), uma vez que as leis são editadas por aqueles que foram eleitos pela maioria do povo.

Bickel (1986) defendia a necessidade do controle de constitucionalidade, mas argumentava sua excepcionalidade, ou seja, para ser aceitável, deveria ser exercido de forma contida. Isto significa que as leis só poderiam ser invalidadas quando realmente contrárias à Constituição, sem qualquer subjetividade; baseando-se, portanto, em princípios neutros.

E mais, os valores a serem aplicados quando das decisões devem ser gerais e imparciais. Caberia à Corte, quando estes valores entrarem em conflito,

proclamar um como predominante ou encontrar uma acomodação entre eles. O resultado é um princípio, ou um novo valor, se você quiser, ou um amálgama de valores, ou um compromisso de valores; deve, em qualquer caso, também ter um significado geral e aplicação imparcial (BICKEL, 1986, p. 58) (tradução nossa)<sup>25</sup>.

E prossegue:

A ideia básica é que o processo só se justifica se injetar no governo representativo algo que ainda não existe; e esse é o princípio, os padrões de ação que derivam seu valor de uma visão de longo prazo das necessidades espirituais e materiais da sociedade e que exigem adesão, seja ou não o resultado imediato conveniente ou agradável [...] o Tribunal não deve basear seu julgamento em um “princípio” que pode ser incapaz de ter aplicação uniforme. Se, para ser viável em nossa sociedade como ela realmente existe, uma regra de ação deve ser modulada por compromissos pragmáticos, então essa regra não é um princípio; não é mais do que um artifício de conveniência. E cabe aos legisladores, não aos tribunais, impor o que são apenas soluções de conveniência (BICKEL, 1986, p. 58) (tradução nossa)<sup>26</sup>.

O Poder Judiciário tem o poder de revogar uma lei se entender que ela é inconstitucional, como também pode validá-la, pela sua constitucionalidade. Bickel argumenta que o Poder Judiciário tem o poder de não fazer nenhuma das duas coisas e, por consequência, não decidir, evitando, assim, seu pronunciamento em matérias as quais não lhe cabe decidir, ou não cabe, ao menos, naquele momento.

---

<sup>25</sup> Texto original em inglês: “[...] the Court must proclaim one as overriding or find an accommodation among them. The result is a principle, or a new value, if you will, or an amalgam of values, or a compromise of values; it must in any event also have general significance and even-handed application”.

<sup>26</sup> Texto original em inglês: “the root idea is that the process is justified only if it injects into representative government something that is not already there; and that is principle, standards of action that derive their worth from a long view of society’s spiritual as well as material needs and that command adherence whether or not the immediate outcome is expedient or agreeable. [...] the Court should not rest judgment on a “principle” which may be incapable of uniform application. If, in order to be workable in our society as it actually exists, a rule of action must be modulated by pragmatic compromises, then that rule is not a principle; it is no more than a device of expediency. And it is for legislatures, not courts, to impose what are merely solutions of expediency”.

Com isso, a ideia de neutralidade de Bickel traria uma contenção para a Corte, uma vez que esta teria sua atuação restrita a questões envolvendo esses princípios, atuando de modo a garantir que a sua aplicação atingiria a todos, de forma imparcial e igualitária.

Nos dizeres de Mendes (2008, p. 102), Bickel entendia que

[para] toda decisão política, inescapavelmente, há duas dimensões: a de princípio e a de conveniência e oportunidade (*expediency*). Em todo ato de governo, podem-se observar dois aspectos: o seu efeito concreto imediato e a sua relação com os valores duradouros que dão coesão e unidade à comunidade política.

As atitudes advindas do Poder Judiciário seriam dotadas de racionalidade e de prudência, além disso, estariam desprovidas de qualquer parcialidade ou vinculação política, cabendo ao Poder Legislativo qualquer forma de conveniência.

Para tanto, Bickel traz as chamadas “virtudes passivas” (*passive virtues*), as quais “conduziriam a um autocontrole judicial por meio do estabelecimento de mecanismos de restrição, para que a Corte possa evitar decidir” (VICTOR, 2015, *ebook*).

As “virtudes passivas” criadas por Bickel têm como propósito básico permitir e estimular os diálogos institucionais (*colloquy*<sup>27</sup>). São causados “atrasos” no julgamento, de modo a permitir que os juízes, assim como membros dos demais Poderes e da sociedade em geral possam analisar com mais calma todos os fatores envolvendo a demanda, de modo a considerar também as opiniões de outras instituições.

Deste modo, o debate sobre o assunto se instala e permite-se que a decisão seja proferida de uma forma mais madura, de maneira a atender os anseios dos Poderes e da sociedade.

Ademais, Bickel (1986) afirma que as “virtudes passivas” permitem que as decisões sejam proferidas com maior segurança, uma vez que o atraso possibilita a visualização, com mais clareza, das consequências dos atos, de maneira a autorizar a Corte a moldar os princípios a serem aplicáveis por meio da observação e da experiência adquirida.

As decisões perderiam o caráter autoritário inerente à atividade do juiz; daquele que decide unicamente com base em sua interpretação e sentimentos. Com a prática proposta por Bickel, os juízes receberiam diversas informações sobre o caso em análise e poderiam decidir de forma mais segura e cautelosa, com base em princípios de neutralidade.

---

<sup>27</sup> O termo *colloquy* (colóquio) é muito utilizado por Alexander M. Bickel em sua obra, no que se refere às teorias dos diálogos.

Podemos dizer que Bickel (1986) trabalha com o tempo, ou seja, com o amadurecimento de conceitos e conclusões acerca do objeto de análise, e que o faz através de diálogos institucionais. O autor defende que algumas decisões devem seguir as mudanças sociais e a elas se adaptar.

Segundo Mendes (2008, p. 108), “Bickel vê o direito e a política como um processo em fluxo contínuo, não como um conjunto de regras estáticas que vinculam a todos rigidamente no decorrer do tempo”, tolerando as virtudes passivas, “desvios do princípio em nome de uma acomodação estável das mudanças sociais” (2008, p. 110)<sup>28</sup>.

Com base no entendimento de Bickel, podemos afirmar que a prática das virtudes passivas leva a Corte a proferir decisões menos autoritárias e capazes de atingir, de forma mais igualitária, a todos, uma vez que analisa o caso concreto e as mudanças sociais existentes e possíveis.

Assim, a regra é favorecer o diálogo institucional, estimulando o debate público, de modo a dar mais segurança e precisão às decisões do Poder Judiciário, que decidirá apenas quando todos os recursos para a realização do diálogo forem esgotados e, ainda assim, quando houver clara necessidade.

Bickel concorda com o controle de constitucionalidade, mas aponta a necessidade de o Poder Judiciário agir de forma cautelosa, verificar as reais circunstâncias da sociedade, baseado na dinâmica existente no direito e na política, de modo a garantir, de forma igualitária, os preceitos constitucionais fundamentais.

Neste sentido, Sunstein defende a limitação da atuação das Cortes, argumentando que elas devem decidir apenas quando necessário, respeitando seus precedentes. O autor é adepto da prática das “virtudes passivas”, de Bickel, e defende a necessidade, para um julgamento adequado, de se deixar o máximo possível sem ser decidido; assim, o juiz deverá atentar-se apenas ao estritamente necessário.

---

<sup>28</sup> As “virtudes passivas” trazidas por Bickel parecem ser a solução para o fim de decisões judiciais tidas como precipitadas em matérias controvertidas, uma vez que promove o diálogo institucional considerando a opinião de outras instituições e permite uma análise mais aprofundada da matéria em discussão, minimizando reações contrárias da sociedade. Por outro lado, defender que as decisões devam seguir as mudanças sociais e a elas se adaptar, aceitando, para tanto, a ocorrência de desvios de princípios constitucionais para haver uma estabilização da acomodação das mudanças sociais, pode ser um tanto perigoso se a teoria defendida por Bickel não for seguida à risca. A adaptação não pode ocorrer permitindo uma extrapolação na atividade do Poder Judiciário, ou seja, as adaptações são necessárias, mas o Poder Judiciário deve observar a aplicação das leis e da Constituição Federal, de modo que, se para a entrega do direito for necessário alterar normas, esta deve ser realizada pelo Poder Legislativo e não pelo Poder Judiciário. Ao Poder Judiciário cabe aplicar as normas, de modo a entregar para a sociedade o que o constituinte pretendeu quando de sua elaboração, caso contrário, estaremos diante de decisões ativistas.

Para tanto, denomina sua tese de “minimalismo judicial” e ainda traz, no lugar da expressão “virtudes passivas”, expressões como *leaving things undecided*<sup>29</sup> e *incompletely theorized agreements*<sup>30</sup> para sintetizar o minimalismo (MENDES, 2008), revelando algumas diferenças em relação à teoria de Bickel.

Apesar da aplicação também por Sunstein das “virtudes passivas” de Bickel, os dois autores se diferenciam quanto ao enfoque dado na aplicação desta teoria. Enquanto Bickel se fixa no estudo da “não decisão” trabalhando com o tempo, ou seja, com o amadurecimento de conceitos e de conclusões acerca do objeto de análise, Sunstein se aprofunda no estudo da “não decisão” no exato momento de se decidir, ou seja, quando a Corte deixa de analisar além do necessário dentro da decisão proferida.

Assim, Sunstein (2001, p. 40) defende que “as ‘virtudes passivas’ podem ser analisadas de uma forma mais produtiva se virmos essa noção como parte do minimalismo judicial e como um esforço para aumentar o espaço para a escolha democrática e para reduzir os custos de decisão e os custos do erro” (tradução nossa)<sup>31</sup>.

Tem-se no minimalismo de Sunstein também uma forma de autocontenção, não em seu conceito amplo e já mencionado nessa dissertação, mas na possibilidade de se deixar questões fundamentais não decididas.

Nos dizeres de Mendes (2008, p. 113), os minimalistas são

conscientes de suas limitações e atentos às conseqüências imprevisíveis de suas decisões. A principal qualidade da prática minimalista seria a redução do ônus da decisão judicial, pois não força juízes a concordarem com formulações muito gerais. Tornaria, por isso, os erros judiciais menos freqüentes e danosos. O juiz minimalista não tenta decidir de uma vez por todas. A decisão minimalista não reduz o espectro de possibilidades para discussões e decisões posteriores.

Assim, com base no entendimento do autor, podemos dizer que decisões minimalistas contribuem com a democracia deliberativa e, ainda, favorecem o diálogo institucional, possibilitando decisões mais maduras, com maior embasamento e segurança.

Apesar disso, as ideias trazidas por Bickel e Sunstein foram muito criticadas. O aumento da atividade e o protagonismo do Poder Judiciário foi o que se verificou ao longo do tempo, surgindo, inclusive, novas teorias acerca do controle judicial de constitucionalidade.

<sup>29</sup> Esta expressão pode ser traduzida por “deixar coisas não decididas”.

<sup>30</sup> Esta expressão pode ser traduzida por “acordos teóricos incompletos”.

<sup>31</sup> Texto original em inglês: “[...] the ‘passive virtues’ can be analyzed in a more productive way if we see that notion as part of judicial minimalism and as an effort to increase space for democratic choice and to reduce the costs of decision and the costs of error” (SUNSTEIN, 2001, p. 40).

Neste contexto, realizaremos na próxima seção – por meio de um comparativo com o minimalismo judicial ora debatido – o estudo do constitucionalismo democrático desenvolvido por Post e Siegel.

#### 4.2.2 Constitucionalismo Democrático *versus* Minimalismo Judicial

Após analisarmos o minimalismo judicial, discorreremos acerca do constitucionalismo democrático proposto por Post e Siegel, haja vista os contrapontos existentes entre o minimalismo judicial e o constitucionalismo democrático, assim como a ligação existente entre eles, o que facilitará nossa compreensão acerca do efeito *backlash* a ser estudado no capítulo seguinte.

Inicialmente, destacamos que o constitucionalismo democrático se difere do minimalismo judicial defendido por Sunstein e do constitucionalismo popular de Kramer, ambos abordados em seções anteriores.

Como vimos, ao passo que o constitucionalismo popular defende que apenas o povo deve tomar as decisões envolvendo as Constituições e não mais o Poder Judiciário, e que o minimalismo judicial defende que as Cortes não devem decidir questões controvertidas de grande repercussão, limitando-se a respeitar seus precedentes e observar as “virtudes passivas”, o constitucionalismo democrático legitima a atuação do Poder Judiciário incentivando o engajamento entre a Corte e a sociedade.

Post e Siegel defendem a necessidade de se verificar o arranjo institucional, a forma de interpretação da Constituição e as relações com a sociedade para que se possa tecer críticas à jurisdição constitucional, não entendendo que esta, por si só, é contrária à democracia (CHUEIRI; MACEDO, 2018). Para os autores (2018, p. 137), “o constitucionalismo democrático representa uma reação à ascensão conservadora na política e no direito estadunidense e seus reflexos sobre o arranjo entre constitucionalismo e democracia com foco no papel da jurisdição constitucional”.

Em uma sociedade heterogênea e ao mesmo tempo plural como a existente, o constitucionalismo democrático, segundo Post e Siegel (2007), vem para desenvolver uma teoria constitucional com o intuito de proteger os direitos constitucionais, atribuindo aos cidadãos o que lhes é, por direito, assegurado.

Neste contexto, Chueiri (2016) afirma que qualquer tentativa de evitar o desacordo e o conflito – naturalmente inerentes à sociedade e responsáveis pelo desenvolvimento do

direito constitucional – seria ameaçador tanto para a política como para o direito, assim como para a democracia e para o constitucionalismo.

Desse modo, o constitucionalismo democrático, diversamente do minimalismo judicial, está contido na articulação entre o direito e a política, em uma sociedade heterogênea e ao mesmo tempo plural (CHUEIRI; MACEDO, 2018).

Conforme o entendimento de Post e Siegel (2007, p. 379),

o Constitucionalismo Democrático afirma o papel do governo representativo e dos cidadãos mobilizados na garantia da Constituição, ao mesmo tempo em que afirma o papel das Cortes na utilização de um raciocínio técnico-jurídico para interpretar a Constituição. Diferentemente do Constitucionalismo Popular, o constitucionalismo democrático não procura retirar a Constituição das Cortes. O constitucionalismo democrático reconhece o papel essencial dos direitos constitucionais judiciais na política americana. Ao contrário de um enfoque jurídico-centrado nos tribunais, o constitucionalismo democrático valoriza o papel essencial que o engajamento público desempenha na orientação e na legitimação das instituições e práticas da *judicial review*<sup>32</sup> (tradução nossa).

E é sob este fundamento que os autores sustentam ser um equívoco o minimalismo judicial defendido por Sustain. O minimalismo não estimula, segundo os autores, a transformação social, mas privilegia a situação existente no momento da decisão.

Entendemos, portanto, que o minimalismo judicial não privilegia simplesmente o *status quo*, mas limita-se a avaliar o caso concreto para proferir a decisão a que foi provocado o Poder Judiciário. Diversamente do constitucionalismo democrático, que observa a sociedade e ressalta a necessidade de atendê-la de forma igualitária – considerando seu caráter heterogêneo e proferindo decisões maximalistas – o minimalismo judicial se prende ao chamado judicial e se limita a decidir sem qualquer ativismo, preferindo um julgamento minimalista.

Segundo Bunchaft (2011, p. 158),

o Constitucionalismo Democrático de Post e Siegel legitima a atuação do judiciário por meio da utilização de princípios constitucionais de abertura argumentativa no processo de interpretação constitucional, potencializando o engajamento público expresso em termos de interações entre as Cortes e os movimentos sociais.

---

<sup>32</sup> Texto original em inglês: “Democratic constitutionalism affirms the role of representative government and mobilized citizens in enforcing the Constitution at the same time as it affirms the role of courts in using professional legal reason to interpret the Constitution. Unlike popular constitutionalism, democratic constitutionalism does not seek to take the Constitution away from courts. Democratic constitutionalism recognizes the essential role of judicially enforced constitutional rights in the American polity. Unlike a juricentric focus on courts, democratic constitutionalism appreciates the essential role that public engagement plays in guiding and legitimating the institutions and practices of judicial review” (POST; SIEGEL, 2007, p. 379).

Na teoria do constitucionalismo democrático verificamos – ao contrário do minimalismo judicial que defende que o Poder Judiciário deve abster-se de decidir em casos nos quais se discutem direitos constitucionais controvertidos – a defesa de decisões maximalistas, principalmente quando estiver em discussão questões envolvendo papéis familiares e condições religiosas, a fim de resguardar os direitos das minorias contra atos de parlamentares, ainda sob o fundamento de representarem a maioria.

Corroborando com este entendimento, Bunchaft (2011, p. 163) avalia:

o Judiciário, a partir de uma leitura substantiva do texto constitucional, pode resguardar a esfera privada de grupos minoritários contra investidas perfeccionistas de maiorias parlamentares. Tal perspectiva, na nossa percepção, é incompatível com uma postura minimalista de interpretação constitucional.

Discute-se também, quando se compara o minimalismo judicial ao constitucionalismo democrático, a questão do ‘respeito’, uma vez que Sunstein levanta o tema ao afirmar que o minimalismo judicial permite que o respeito mútuo transpareça. Post e Siegel discordam desta afirmativa.

Para os autores, nas palavras de Bunchaft (2011, p. 162), “a concepção de ‘respeito’, proposta pelo minimalismo, tende a negligenciar a força dos ‘valores constitucionais relevantes’”. Assim, não há, em verdade, segundo os autores, o resultado ‘respeito’ quando da não ação proposta pelo minimalismo judicial, mas há um atraso na aplicação dos valores constitucionais.

A interpretação acerca da existência ou não de respeito aos valores constitucionais, assim como dos efeitos da aplicação do constitucionalismo democrático e do minimalismo judicial ficará mais clara no próximo capítulo, no qual apresentaremos algumas discussões que tiveram grande repercussão pautadas na tradição anglo-saxã, notadamente observada nos Estados Unidos.

## 5 O EFEITO *BACKLASH*

É indiscutível que o Poder Judiciário, já há algum tempo, tem ocupado papel de destaque entre os Poderes e que sua atuação como protagonista tem gerado inúmeras discussões. Isso ocorre, em especial, quando falamos de *judicial review* e o Superior Tribunal Federal é chamado para se manifestar acerca de temas envolvendo questões controvertidas, com elevado nível de divergência no âmbito social como, por exemplo, as atinentes à política, ao aborto, à proteção ao meio ambiente, às células tronco ou qualquer outra discussão abarcando os direitos das minorias.

Muitas das matérias levadas ao Poder Judiciário despertam a necessidade de uma resposta imediata por parte deste (provocado para tanto), o qual acaba por se manifestar acerca de questões, por vezes, ainda não regulamentadas pelo Poder Legislativo e de altíssima complexidade e divergência de entendimentos, revelando, com certa frequência, o ativismo judicial e, por consequência, o efeito *backlash*.

Conforme debatemos longamente no primeiro capítulo da nossa dissertação, é de suma importância termos em mente a correta diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política, por se tratar de temas erroneamente considerados, em muitos momentos, como sinônimos.

Lembramos que a judicialização da política deve ser entendida como um fenômeno circunstancial, considerando o contexto de fortalecimento da jurisdição, assim como contingencial, uma vez que as Cortes Constitucionais são chamadas para preservar direitos fundamentais, visto que a judicialização está diretamente ligada à inércia de alguns dos demais Poderes (STRECK, 2016, *online*).

Por outro lado, “um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados)” (STRECK, 2016, *online*).

Deste modo, não é a simples atuação contramajoritária do Poder Judiciário que caracteriza o ativismo judicial. Decisões ativistas são aquelas dotadas de subjetivismo e parcialidade, proferidas com afronta à separação dos Poderes e aos ditames legais e constitucionais.

Como vimos, o controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário posicionando-se de forma contramajoritária não faz nascer, por si só, o ativismo judicial, uma vez que este pode ser visualizado tanto quando o Poder Judiciário realiza o controle de constitucionalidade invalidando uma lei que não deveria ser declarada inconstitucional por

atender aos preceitos constitucionais, como quando deixa de realizar o controle de constitucionalidade em momento que deveria fazê-lo.

Neste sentido, Abboud e Mendes (2019, p. 48) ressaltam:

nenhum entusiasmo ou desejo de mudança pode suplantar o direito aprovado pelas regras democráticas. Juízes não são, diretamente, agentes de transformação da realidade. Juízes são protetores do direito, podendo agir, inclusive, de forma contramajoritária para tanto. Juízes asseguram as regras do jogo e a estabilidade democrática, para assim possibilitar que a transformação da realidade opere nas instâncias adequadas. O ativismo, enfim, é um atalho pernicioso para fazer valer um determinado ponto de vista político, sem que se percorra o imprevisível e necessário caminho do dissenso.

Não podemos afirmar que o consenso está diretamente ligado à maioria e que o dissenso está atrelado à minoria, uma vez que o consenso apresentado inicialmente pode decorrer da inércia na oposição ao discurso atual, a qual pode ser quebrada pela apresentação de entendimento diverso ao apresentado inicialmente (SUNSTEIN, 2001).

O dissenso é um valor existente na sociedade que deve ser entendido como uma manifestação válida de poder desta. É o dissenso que determina a existência da função judiciária, a qual se destina a superar a divergência qualificada como litígio (VALLE, 2013), o qual não pode ser, simplesmente, extirpado pelo ativismo judicial.

E mais, “a divergência expressa no ambiente democrático veicula um ponto de vista que não foi considerado, ou mesmo que considerado, não se teve em devida conta; este é um elemento que necessariamente enriquece a discussão sobre o efetivo acerto da decisão havida em *judicial review*” (VALLE, 2013, p. 16).

Importante ressaltar que não é objeto dessa pesquisa determinar se a decisão proferida em *judicial review* é ou não correta. Pretende-se, sim, analisar se o ativismo judicial, quando presente em uma decisão contramajoritária proferida pelo Tribunal é determinante para a existência do efeito *backlash*, ou se este efeito pode ser identificado mesmo quando ausente o caráter proativo da decisão.

O efeito *backlash* é a reação política e também por parte da sociedade a uma decisão proferida pela Corte em temas sensíveis<sup>33</sup>, ou seja, quando questões, na maioria das vezes, ainda não debatidas o suficiente entre o governo, o Congresso, o Poder Judiciário, os órgãos especializados no assunto e a sociedade, são levadas ao Supremo Tribunal Federal e este, com

---

<sup>33</sup> Por temas, questões ou matérias sensíveis entenderemos discussões que envolvem assuntos controvertidos com elevado nível de divergência no âmbito da sociedade.

o “poder da última palavra”, profere decisão entregando resposta à divergência apresentada alterando o *status quo ante*.

Autores como Sunstein, Post e Siegel, conforme debatemos em capítulos anteriores, trazem importantes considerações acerca da necessidade de se entregar à sociedade resposta a questões envolvendo direitos fundamentais – principalmente as minorias – fazendo importantes apontamentos acerca das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, com destaque à teoria do minimalismo judicial, às virtudes passivas e ao constitucionalismo democrático, assim como ao que se refere ao efeito *backlash*, as quais detalharemos melhor na sequência.

Assim, no presente capítulo, analisaremos o efeito *backlash*, refletindo acerca do momento em que este efeito se torna evidente, suas características e impactos, vantagens e desvantagens da sua ocorrência, assim como a importância dos diálogos institucionais para a entrega de soluções mais maduras.

Para tanto, traremos o entendimento de importantes autores (Cass R. Sunstein, Robert C. Post, Reva B. Siegel, Vera Karam de Chueiri, Vanice Regina Lírio do Valle, Maria Eugenia Bunchaft e Tânia Regina Dalmoro Vinciguerra) sobre o tema, assim como exporemos casos sensíveis ocorridos no Brasil e nos Estados Unidos, nos quais se discute a ocorrência ou não do efeito *backlash*.

## 5.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO EFEITO *BACKLASH*

Conforme mencionamos, o dissenso é de grande importância para a sociedade e pode ser facilmente identificado, não ficando restrito a pessoas que habitam diferentes países ou regiões.

Podemos identificar a divergência de opiniões quando questionamos pessoas de continentes diferentes, ou que convivem no mesmo meio social. Isso porque, na maioria das vezes, o ser humano não só é produto do meio em que vive, como também da sua época, o que faz com que costumes e opiniões se enraízem e, ao mesmo tempo, sejam diferentes de geração para geração.

A regra seria, mas não é, que o consenso existisse, no mínimo, entre pessoas de uma única região. Todavia, não podemos apostar neste consenso nem mesmo dentro de uma família, quem dirá em regiões diferentes, as quais podem agrupar milhares de pessoas.

Como observou Barroso (2015, p. 31), vivemos “em um mundo fragmentado e heterogêneo, com dificuldade de compartilhar valores unificadores”, o que gera diferentes entendimentos sobre um mesmo assunto.

Podemos verificar que os próprios organismos internacionais não conseguem produzir consensos a ponto de impedir que conflitos se proliferem pelas mais diversas causas, variando do expansionismo ao sectarismo religioso (BARROSO, 2015).

Desse modo, o mesmo fato pode ser entendido como um belo ato humanista ou como um ato racista, a depender do olhar de quem o interpreta, seja pela falta de conhecimento sobre o assunto, seja pelas experiências vividas ou conceitos enraizados no indivíduo por influência do meio em que habita.

Podemos dizer que

o relativismo cultural transformou uma sociedade total em uma sociedade plural, esfacelando consensos até então hegemônicos. Mais do que isso, as frações sociais disputam entre si a interpretação constitucional que deverá prevalecer, vale dizer, travam uma batalha para atribuir o significado da Constituição (FONTELES, 2019, p. 17).

Surgem, então, as controvérsias, na maioria das vezes envolvendo questões sensíveis de cunho moral ou político, que podem ser solucionadas, e o são, muitas vezes, por plebiscitos, referendos ou elaboração de leis. Por outro lado, quando não são passíveis de solução por alguma destas formas, o Poder Público, por meio do Poder Judiciário, é provocado para pronunciar-se, uma vez que, conforme observam Bunchaft e Vinciguerra (2017, p. 738), “os cidadãos apresentam aos tribunais reivindicações sobre a interpretação constitucional quando percebem que suas concepções não estão sendo observadas ou quando denotam que uma objeção está se tornando paradigmática”.

Assim, podemos dizer, corroborando o entendimento de Post e Siegel (2007, p. 373), que “a divergência interpretativa é uma condição normal para a evolução do direito constitucional” (tradução nossa). É justamente quando o Poder Judiciário desempenha seu papel principal de julgador, aplicando e interpretando a Constituição, que pode surgir uma reação por parte da sociedade em sentido contrário ao que foi decidido, denominada, como citamos há pouco, de efeito *backlash*.

Segundo Valle (2013, p. 5), a palavra *backlash* traduz um movimento de reação, “em resposta a uma mudança igualmente brusca na trajetória do movimento”, vinculando, inclusive, seu conceito à terceira Lei de Newton, quando afirma que o conceito inicial de *backlash* “tem origem na física, aludindo à dinâmica, e se identifica com a enunciação da terceira Lei de Newton – a toda ação corresponde uma reação igual e em sentido contrário” (2013, p. 5).

Na mesma direção, mas sob enfoque diferente, Krieger (2001), nas palavras de Valle (2013, p. 9), explica que “o *backlash* resulta de uma relação entre um regime legal instituído para promover uma mudança social, e o sistema de normas e práticas consolidadas, destinatário dessa nova disciplina normativa”.

Deste modo, o *backlash* tende

a emergir quando a aplicação de um regime legal transformativo gera resultados que divirjam visceralmente da normatização já consagrada ou de instituições em relação às quais segmentos influentes da população mantenham uma consciente e significativa fidelidade normativa (VALLE, 2013, p. 9).

Partindo da premissa de que as decisões proferidas pela Corte são predominantemente contramajoritárias e protetivas aos direitos fundamentais garantidos pela Constituição, Valle (2013, p. 8) observa, analisando entendimento posto por Greenhouse e Siegel (2013), que a reação intensa e em sentido contrário à decisão proferida

expressaria uma reação especialmente virulenta e polarizada daquela suposta maioria que, tendo censurada sua decisão pelo Judiciário, passa a se qualificar como os “perdedores”, o que pode determinar o fim do exercício ordinário da política, substituída por uma nova e deformada maneira de alcançar os resultados bloqueados pela Corte.

Quando se classifica o efeito *backlash* como negativo, parte-se do princípio de que o resultado obtido com a decisão proferida é sempre indesejável, seja em razão da circunstância de que “as conclusões havidas na prestação jurisdicional são sempre corretas e não estariam a merecer censura” (VALLE, 2013, p. 8); ou, então, “porque resistir contra a decisão judicial poderia determinar um perigoso abalo ao sistema político de fixação do sentido constitucional, ou mesmo ao caráter simbólico da Corte” (VALLE, 2013, p. 9), uma vez que é competência do Poder Judiciário interpretar a Constituição.

Por outro lado, considerando a ideia trazida pelo constitucionalismo democrático estudado em seção precedente, podemos dizer que a participação da sociedade, quando provocada a se manifestar por controvérsias trazidas por decisões judiciais, alimenta a democracia e impulsiona os cidadãos a participarem da construção acerca da interpretação da Constituição.

Neste sentido, Chueiri e Macedo (2018, p. 139) complementam:

o constitucionalismo democrático amplia a compreensão da complexidade dos conflitos e sugere que controvérsias provocadas por decisões judiciais trazem efeitos benéficos, na medida em que provoca os cidadãos a se manifestarem – em favor ou contra – às decisões e, assim, a participarem na construção dos sentidos da

Constituição. Isso desloca das Cortes para o povo a tarefa de atribuição de sentido da Constituição e deixa de se ter um constitucionalismo centrado na opinião daquelas em favor para um constitucionalismo que a submete ao crivo popular e intenta promover a mediação entre ambas. Isso agrega legitimidade democrática ao significado constitucional e aposta na importância do *backlash*, isto é, das reações violentas e populares geradas por decisões judiciais.

Ademais, há quem defenda o *backlash* como uma reação natural à decisão proferida, como uma pura e simples “manifestação do dissenso a uma alteração brusca do *status quo*” (VALLE, 2013, p. 9). Assim, não seria possível, ao menos inicialmente, classificar o *backlash* como algo bom ou ruim, haja vista que reflete apenas o dissenso em relação ao resultado apresentado.

Neste sentido, Valle (2013, p. 9) completa:

A reação à mudança brusca – e em síntese é disso que se cuida quando se alude a *backlash* – só pode receber signo valorativo quando se tem uma avaliação sobre a bondade ou maldade do regime anterior (superado pela decisão) que funcione como elemento de orientação quanto à pertinência da mudança em si.

Assim, há controvérsia acerca do caráter positivo ou negativo do *backlash*. Ele pode ser compreendido como necessário à correta interpretação da Constituição, com a participação popular, ou como um retrocesso, haja vista a possibilidade de abalar o sistema político de fixação do sentido constitucional.

De todo modo, o efeito *backlash* pode ser compreendido, na teoria constitucional, como a reação contrária e contundente a decisões judiciais que buscam outorgar sentido às normas constitucionais, ou seja, reações que questionam a interpretação da Constituição realizada no âmbito do Poder Judiciário (KOZICKI, 2015) quando da efetivação do controle de constitucionalidade das leis.

Importante destacarmos que a manifestação democrática deve ser livre, e que apesar do efeito *backlash* muitas vezes ser dotado de um caráter retrógrado e engessado (como, por exemplo, no caso das manifestações contrárias ao reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo ou a favor da vaquejada), expressam a opinião da sociedade, o que não pode ser extirpado.

Corroborando com este entendimento, Kozicki (2015, p. 194) assegura que o engajamento popular na discussão de questões constitucionais não apenas é legítimo quando surge como resposta ao controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário, como “pode contribuir, também, para o próprio fortalecimento do princípio democrático”.

No Brasil, o efeito *backlash* ocorre especialmente como reação às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado/abstrato de constitucionalidade, o qual, na maioria das vezes, gera a reação imediata do Congresso.

Vale destacar, que nos últimos tempos, como uma estratégia política contra as decisões proferidas pelos ministros, os parlamentares, ao invés de se posicionarem contra os ditames da decisão – demonstrando o caráter ativista ou qualquer ilegalidade que permita sua alteração – atacam aqueles que proferiram a decisão e não mais a matéria posta em julgamento, requerendo o afastamento, por meio do *impeachment*, do Ministro que participou do julgamento.

Quando analisamos o *backlash*, suas características e impactos, conseguimos compreender que este efeito, quando surge, está diretamente ligado ao dissenso e ao descontentamento com a decisão proferida, buscando aqueles que reagem – seja esta reação por parte da sociedade ou do Congresso – a manutenção do *status quo ante*. Deste modo, quando se está diante de uma reação que busca, não apenas a manutenção do *status quo ante* ou, ainda, fazer valer a separação dos poderes em casos de eventual ativismo judicial, mas retirar o julgador da sua posição sob o fundamento de que este não corrobora com o entendimento da maioria, não podemos falar que estamos diante de um efeito *backlash* na concepção pura do termo, mas sim, que estamos diante do desvirtuamento da finalidade deste efeito.

Abboud (2021, *online*) em comentário acerca dos inúmeros pedidos de *impeachment* protocolados em face dos ministros do Supremo, nomeia esta atitude por parte dos parlamentares de *backlash* degenerado à brasileira, ao passo que os pedidos de *impeachment* “são movidos tão somente em razão da forma de julgar dos ministros do STF” e não por entenderem que existam crimes na conduta destes ministros (ABBOUD, 2021, *on line*).

Corroborando com esse entendimento, compreendemos que intitular esta atitude de parlamentares – requerendo o *impeachment* de membros do Supremo Tribunal Federal pelo simples fato de discordarem dos posicionamentos por eles apresentados – como *backlash*, desvirtuaria sua concepção e finalidade, sendo, portanto, uma degeneração deste fenômeno.

Não há, portanto, como ser positiva uma atitude por parte do Legislativo que, ao invés de defender um posicionamento constitucional e legal, com o objetivo de ver garantidos os direitos dos cidadãos, adota uma postura carregada de interesses políticos e subjetivos almejando a concretização de interesses particulares com o conseqüente enfraquecimento do Poder Judiciário.

Deve-se, na realidade, buscar o diálogo entre as instituições, de modo a garantir um debate democrático entre os Poderes e a sociedade, para garantir os direitos fundamentais dos cidadãos.

Por fim, citamos Fonteles (2019, p. 37), ao destacar que apesar das reações da sociedade serem com maior frequência identificadas perante decisões proferidas pelas Cortes Constitucionais, é possível que qualquer decisão tenha,

*prima facie*, idoneidade para originar essa reação, até mesmo aquelas proferidas por sodalícios administrativos, a exemplo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) ou do Tribunal Marítimo. É possível, mas não é provável.

Apesar do entendimento acima, em regra – considerando que o efeito *backlash* advém de uma decisão – trabalharemos com a ideia de que referido efeito ocorrerá a partir de decisões proferidas pelo Poder Judiciário, quando do julgamento de temas controvertidos, com elevado nível de divergência no âmbito da sociedade.

Assim, com o exposto, objetivamos apresentar o conceito e as características que envolvem o efeito *backlash* de maneira a facilitar a compreensão sobre o tema, sua correlação com o controle de constitucionalidade e, por vezes, com a ocorrência do ativismo judicial.

Ademais, na próxima seção, em complemento ao capítulo 4, exporemos como as teorias do constitucionalismo democrático e do minimalismo judicial podem refletir o *backlash*, os impactos deste efeito e a possibilidade de minimizá-lo através dos diálogos institucionais.

## 5.2 O EFEITO *BACKLASH* SOB A ÓTICA DO DEBATE ENTRE O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E O MINIMALISMO JUDICIAL

Em capítulo anterior acerca dos diálogos institucionais, debatemos sobre as teorias do diálogo, abordando, dentre elas, a teoria do minimalismo judicial defendida por Bickel e Sunstein, assim como a teoria do constitucionalismo democrático de Siegel e Post.

Nessa seção, retomando algumas considerações, faremos uma reflexão comparativa e aplicada do posicionamento de Sunstein, Siegel e Post acerca de suas teorias, com destaque para o entendimento dos autores sobre o efeito *backlash*, conectando-o às discussões acerca do controle de constitucionalidade e do ativismo judicial.

Conforme delineamos, a teoria do minimalismo judicial de Sunstein defende que as Cortes deveriam atuar de forma contida, ou seja, voltadas à análise específica do caso

concreto posto, sem adentrar em discussões abstratas, deixando, inclusive, sem resposta, questões ainda não amadurecidas suficientemente para que a decisão seja proferida – principalmente quando o que se discute está diretamente ligado a questões sensíveis – exercendo as chamadas “virtudes passivas”.

Para Sunstein, as decisões minimalistas podem promover a democracia, não apenas porque deixam questões abertas para a deliberação democrática, mas, também, porque promovem a razão, “dando e assegurando que importantes decisões sejam tomadas por atores democraticamente responsáveis” (tradução nossa) (2001, p. 5).

Deste modo, o autor defende que as decisões, quando estreitas, garantem um consenso em órgãos colegiados, prevenindo, assim, o efeito *backlash*, haja vista que permite ao Parlamento ter tempo para amadurecer a ideia posta em discussão.

Como exemplos de decisões minimalistas as quais entende ter atingido o objetivo esperado – mesmo sem adentrar em questões sensíveis fora do caso concreto, o autor cita o caso estadunidense em que foi derrubado o Programa *All-male* – no qual a Corte manifestou-se minimamente acerca da legitimidade da segregação sexual na educação –; o caso em que o médico assistiu ao suicídio de seu paciente – deixando em aberto a possibilidade do paciente, capaz, optar entre a vida e a morte, desde que em risco de morte iminente e dor física insuportável –; e o caso *Romer v. Evans* – no qual a Corte limitou-se a invalidar uma lei que discriminava homossexuais, sem adentrar em outras questões envolvendo o tema (BUNCHAFT; VINCIGUERRA, 2017).

Entendemos, de todo modo, que mesmo a decisão sendo envolta em um caráter minimalista, não será possível garantir que haverá consenso acerca do resultado do litígio, especialmente quando estas decisões tocam em questões sensíveis, e o tratamento dado aos indivíduos não for homogêneo, podendo ser inevitável, portanto, a verificação do *backlash*.

Ademais, concordamos que apesar de não ser possível garantir o consenso na sociedade, as decisões minimalistas dão menor margem a discussões quando comparadas às decisões maximalistas.

No que tange ao efeito *backlash*, não podemos afirmar que Sunstein (2007) possuía uma posição conclusiva sobre o tema, haja vista que o autor elabora quatro mundos fictícios<sup>34</sup> diferentes para estudar o tema e, ao final, conclui que nenhum deles reflete a realidade.

Por outro lado, afirmava que a decisão proferida pela Corte “pode ativar forças opostas e desmobilizar os atores políticos os quais ela favorece. Ela pode produzir um intenso

---

<sup>34</sup> Os mundos elaborados por Sunstein são: Olimpo, Terra dos Anciãos, Terra Lochner e Atenas. Para o estudo destes mundos, recomendamos a leitura do texto *Backlash's Travels*, escrito pelo autor em 2007.

*backlash*, em um processo de deslegitimação de si própria, assim como o objetivo que ela procura promover” (tradução nossa) (SUNSTEIN, 2001 p. 59). Segundo o autor, o *backlash* pode ser uma ameaça à harmonia social, vez que levanta posicionamento contrário ao que foi decidido, cabendo ao Poder Judiciário evitar essa reação sem adentrar em questões as quais cabe às instâncias deliberativas resolver.

Para o autor (SUNSTEIN, 2007, p. 1), o *backlash* trata-se da “intensa e duradoura desaprovação social de uma decisão do Judiciário, acompanhada de medidas agressivas para resistir a esta decisão e remover sua força jurídica” (tradução nossa)<sup>35</sup>.

Diante do posicionamento de Sunstein, Post e Siegel (2007) criticam o autor afirmando que, segundo ele, o *backlash* é desvantajoso e ameaçador à solidariedade social.

Post e Siegel, conforme abordamos em seção precedente, são defensores da teoria do constitucionalismo democrático, a qual vê como interessante uma decisão maximalista para resolver questões morais controversas, no intuito de proteger os direitos constitucionais, atribuindo aos cidadãos o que lhes é, por direito, assegurado.

Na avaliação de Bunchaft e Vinciguerra (2017, p. 738), esta teoria seria “um modelo para a compreensão dos esforços para fazer valer a Constituição em cenários de divergência pública, afirmando o papel do governo representativo e dos indivíduos engajados em legitimar os princípios da Carta”.

Com isso, entendemos que o constitucionalismo democrático, defendido por Post e Siegel, potencializa e estimula o engajamento público, possibilitando o diálogo entre instituições e, em razão disso, minimiza o *backlash* e suas consequências, haja vista que possibilita o amadurecimento das questões sensíveis postas em discussão e aumenta a chance de acerto das decisões com a prévia discussão acerca do tema.

Para Fonteles (2019, p. 55), quando os juízes

ignoram o sentimento social para atuar unicamente pelo Direito, tem-se um Estado de Direito que ameaça o regime democrático. Noutra ponta, quando magistrados julgam guiados pela opinião pública, ganha-se no coeficiente democrático, mas perde-se em segurança jurídica e resta enfraquecido o Estado de Direito.

Assim, é essa conflituosidade que faz nascer o *backlash*, fruto do cruzamento entre o regime democrático e o Estado de Direito (FONTELES, 2019).

---

<sup>35</sup> Texto original em inglês: “Intense and sustained public disapproval of a judicial ruling, accompanied by aggressive steps to resist that ruling and to remove its legal force”.

Não é nosso objetivo realizar um juízo de valor acerca da ocorrência do efeito *backlash*, mas ressaltar que este efeito faz parte da construção democrática. Apesar disso, entende-se que, ao passo que uma decisão é proferida de forma mais robusta, ou seja, fundada em um estudo conjunto entre as instituições responsáveis e a sociedade, o *backlash* poderá ser minimizado.

Corroborando com este entendimento, Post e Siegel (2007) entendem que o *backlash* legitima a democracia constitucional, devendo o Poder Judiciário, munido da capacidade de interagir com a sociedade, promover o diálogo institucional.

Assim, segundo os autores, o *backlash* é uma prática natural de contestação, por meio da qual a sociedade busca influenciar o conteúdo do direito constitucional e sua liberdade (POST; SIEGEL, 2007).

Conforme trazido por Fonteles (2019, p. 61), o *backlash* pode ser visto

como uma resistência inicial com prazo certo para acabar. Lado outro, o fenômeno deve ser tido como um instrumento de legítima pressão social, de modo a sensibilizar juízes e Tribunais para que julguem conforme o sentimento social acerca do significado da Constituição que os governa.

De todo modo, a atuação minimalista ou maximalista dos magistrados não pode estar pautada em questões ideológicas, mas deve ser definida pelos fatores fáticos presentes na discussão.

Como pontua Bunchaft (2014), a atuação das Cortes de forma minimalista ou maximalista dependerá das condições de deliberação das categorias sociais afetadas pela lei em pauta, das condições institucionais da Corte, da presença de matérias envolvendo direitos de grupos estigmatizados, assim como do grau de participação dos grupos vulneráveis em debate público.

Conforme defendido por Sunstein (2001) – apesar de adepto à teoria minimalista – nem sempre a utilização do minimalismo judicial para a resolução dos casos será a mais adequada, a exemplo da decisão proferida no caso *Brown v. Board of Education* (que analisaremos adiante). Contudo, para o autor, a correta aplicação dos ditames legais somente se dará se a decisão maximalista proferida se consubstanciar no resultado da observação de outras tantas decisões a respeito do tema.

Assim, quando estivermos diante de um mecanismo legislativo que funcione de maneira a atender às necessidades da sociedade, incluindo os grupos vulneráveis em suas deliberações, não há razão para maior intervenção do Poder Judiciário, podendo este proferir

decisões minimalistas. Por outro lado, quando estivermos diante de um processo legislativo deficiente, as Cortes devem atuar de forma maximalista e, assim, suprir a falha daquele que deveria atuar, mas não o faz.

Conforme já ressaltamos, nosso objetivo não é defender que, ante a ausência de atuação dos demais Poderes, o Poder Judiciário deva proferir decisões ativistas. Ao contrário, o que pretendemos é argumentar sobre a realização dos diálogos institucionais, de maneira a tornar madura a matéria trazida ao Poder Judiciário, por meio do debate democrático firmado entre os Poderes e os movimentos sociais.

Resta-nos claro, portanto, que o dissenso não desaparecerá, seja pela existência de decisões minimalistas ou maximalistas, ainda que estas sejam tomadas com a utilização de diálogos institucionais. Todavia, quando decisões ativistas forem contidas e os diálogos institucionais possibilitarem a entrega do direito de modo a manter certa homogeneidade nas decisões, o efeito *backlash* será mitigado.

Por fim, importante retomarmos que o efeito *backlash* é recorrente quando os Tribunais proferem decisões contramajoritárias, envolvendo questões controvertidas, com a alteração do *status quo ante*. Diante disso, veremos na próxima seção algumas decisões importantes e polêmicas acerca de temas sensíveis e de grande repercussão na sociedade e no meio político proferidas pelos Tribunais estadunidenses e brasileiros, nas quais se discute o efeito *backlash*.

### 5.3 O EFEITO *BACKLASH* NOS ESTADOS UNIDOS E NO BRASIL

O fenômeno *backlash* não é novidade no cenário internacional ou nacional, ao contrário, é frequentemente identificado. Denominado como efeito *backlash* nos Estados Unidos, nada mais é do que uma reação social ou institucional ocorrida após ser proferida uma decisão judicial contramajoritária que resolve questão sensível trazida à discussão, alterando o *status quo ante*.

Dentre os inúmeros casos polêmicos levados às Cortes estadunidenses destacamos *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954), *Roe v. Wade* (1973), *Obergefell v. Hodges* (2015). Neles, discutiu-se, respectivamente, a segregação racial em escolas, o aborto e o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo, gerando muitas discussões e controvérsias. Igualmente, no Brasil, casos como o da vaquejada, do casamento entre pessoas do mesmo sexo e da criminalização da homofobia também causaram comoção social e diversas discussões em busca do melhor deslinde às matérias postas.

Assim, essa seção tem por finalidade apresentar estes casos, investigar suas correlações com o ativismo judicial e com o efeito *backlash*, discorrendo acerca dos posicionamentos defendidos em cada um deles, seja pelo Poder Público, seja pela sociedade.

### 5.3.1 Cortes Estadunidenses e o Efeito *Backlash*

#### 5.3.1.1 Caso *Brown v. Board of Education of Topeka*

A escolha pelo estudo do caso *Brown v. Board of Education* se dá em decorrência da decisão proferida e dos efeitos dela decorrentes, haja vista que a Suprema Corte norte-americana determinou, em 1954, o fim da legalidade da separação racial, declarando a inconstitucionalidade desta segregação.

*Brown v. Board of Education* trata do caso de uma menina negra de 9 anos, Linda Brown, que ajuizou, em 1952, representada por seu pai, uma ação contra o Conselho de Educação Estadual (*Board of Education of Topeka*) requerendo a possibilidade de estudar em uma escola pública perto de sua casa, haja vista que, todos os dias, ela precisava caminhar uma longa distância para chegar até a escola onde estudava, pois as escolas públicas perto de sua casa não aceitavam pessoas negras.

Para compreendermos melhor a cultura estadunidense do século passado, relevante observarmos que, nos Estados Unidos, até a primeira metade do século XX, era natural e admitido que escolas públicas separassem alunos brancos e negros.

Esta segregação, inclusive, perdurou com o advento da 14ª Emenda<sup>36</sup> (1868), o que nos faz questionar se a intenção dos *frames*, quando da edição desta Emenda, foi mesmo igualar brancos e negros (FONTELES, 2019).

Destacamos que “os congressistas responsáveis pela promulgação da 14ª Emenda eram os mesmos que legislavam para o Distrito de Columbia, que sediava o Governo Federal” (FONTELES, 2019, p. 138) e adotava a segregação racial nas escolas daquele Distrito, o que nos faz concluir que não entendiam pela inconstitucionalidade da segregação.

---

<sup>36</sup> EUA. 14ª EMENDA. Seção 1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado deve fazer ou aplicar qualquer lei que reduza os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nenhum Estado privará qualquer pessoa de vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis.

No mesmo sentido, Harari (2019, p. 148-149) traz que – mesmo depois da 13ª Emenda à Constituição, que aboliu a escravatura, e da 14ª Emenda, que determinou a proteção igualitária a brancos e negros perante a lei, após dois séculos de escravidão – ,

a maioria das famílias negras era muito pobre e menos instruída do que a maioria das famílias brancas. Assim, um negro nascido no Alabama em 1865 tinha muito menos chance de obter boa educação e um emprego bem pago do que seus vizinhos brancos. Seus filhos, nascidos nas décadas de 1880 e 1890, iniciaram a vida com a mesma desvantagem – eles também nasceram em uma família pobre e pouco instruída.

E mais, em 1865, brancos e negros assumiram como certo que negros eram menos inteligentes e limpos, e mais violentos, preguiçosos e sexualmente libertinos, o que os rotulava, dificultando sua inserção no meio profissional e na sociedade, o que foi piorando com o transcorrer dos anos. Assim, o círculo vicioso perdurou e “à medida que os estigmas contra os negros se fortaleceram, foram traduzidos em um sistema de leis e de normas chamadas “leis Jim Crow”, criado para proteger a ordem racial (HARARI, 2019, p. 149-150).

Ademais, em 1896, a Corte decidiu<sup>37</sup> pela constitucionalidade dos Estados da Federação segregar pessoas, em lugares públicos, a partir da cor de sua pele, ou seja, era possível proibir o acesso de negros a determinados locais (doutrina dos *equal but separate*)<sup>38</sup>.

O caso conhecido como *Brown v. Board of Education* vem para alterar o paradigma “separados, porém iguais”. Segundo Klarman (2007), a decisão proferida foi uma das mais importantes da história da Suprema Corte dos Estados Unidos, uma vez que influenciou o caminho da transformação racial da América, moldou a compreensão do papel da Suprema Corte na sociedade americana e alterou a concepção da relação entre direito e reforma social até então firmada, apesar do retrocesso visualizado nas manifestações ocorridas.

Na decisão proferida, a Suprema Corte entendeu pela inconstitucionalidade da segregação racial com fundamento no texto trazido pela 14ª Emenda, a qual, segundo a Corte, iguala todas as “pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos” (1954), proibindo a aplicação de qualquer “lei que reduza os privilégios ou imunidades dos cidadãos” (1954), assim como garante igualdade de proteção das leis.

---

<sup>37</sup> Foi o caso *Plessy v. Ferguson*. O cidadão Homer Adolph Plessy, afrodescendente, adquiriu um bilhete para a primeira classe de um trem que iria de Nova Orleans para Covington. Ao ser abordado e convidado a se retirar do vagão, haja vista que o assento era reservado apenas para brancos, recusou-se. Foi preso e condenado por violar lei do estado da Louisiana.

<sup>38</sup> Tradução: Separados, porém iguais.

Desse modo, a decisão proferida no caso em análise entendeu pela incompatibilidade entre a segregação racial nas escolas e a igualdade trazida pela 14ª Emenda, causando muitas controvérsias.

Apesar da decisão proferida no caso *Brown v. Board of Education* conferir direitos civis a cidadãos, a aceitação do fim da segregação racial não foi simples e nem, tão pouco, pacífica. Foram muitas as manifestações negativas, sejam elas populares ou por parte dos Estados e autoridades, os quais não aceitavam a decisão proferida, revelando-se, assim, o efeito *backlash*.

Um dos principais efeitos de *Brown* foi radicalizar a política sulista. Para Klarman (2007), apesar dos pontos positivos, a decisão também encorajou o extremismo e aumentou “a probabilidade de que, uma vez desenvolvido o protesto de ação direta, ele incitasse uma resposta violenta” (2007, p. 187).

Assim, apesar da importância da decisão, Klarman (2011) visualiza também um retrocesso com as reações à decisão proferida em *Brown v. Board of Education*, haja vista a massiva resistência encontrada na aceitação do que foi imposto e as atitudes que passaram a ser tomadas após a decisão.

Como exemplo, o autor informa que antes da Suprema Corte decidir *Brown*, o registro do eleitor negro no extremo sul havia aumentado em dez vezes na década após a Segunda Guerra Mundial; as cidades estavam contratando policiais negros e os colocando no júri, provavelmente pela primeira vez desde o século XIX; políticos estavam ganhando eleições. No entanto, depois da decisão de *Brown*, a reforma racial progressiva foi paralisada e a política se moveu para a direita enquanto os políticos competiam entre si para ocupar o ponto mais extremo do espectro segregacionista (KLARMAN, 2011).

Em pesquisa relatada por Klarman (2011), no Mississippi, o registro de eleitores negros caiu de 22 mil para 8 mil, anos depois de *Brown*, e houve um aumento violento dos movimentos contra a segregação racial no ensino superior.

Klarman (2007, p. 187) relata ainda que “no início da década de 1960, os manifestantes dos direitos civis, muitas vezes, buscaram reformas raciais menos controversas do que a dessegregação escolar, incluindo direito a voto, lanchonetes dessegregadas e mais empregos para negros” (tradução nossa) e que “se não fosse pelo retrocesso que *Brown* produziu na política sulista, tais demandas poderiam ter sido recebidas com simpatia ou pelo menos sem violência desenfreada” (tradução nossa) (2007, p. 187).

Assim, *Brown*, na visão de Klarman (2007), garantiu a recepção por Bull Connor, Jim Clark, Ross Barnett e George Wallace para as manifestações de ruas<sup>39</sup>, ou seja, para o autor, a decisão proferida ultrapassou os limites aceitos pela sociedade branca e por políticos da época, comprometendo as poucas conquistas que os negros haviam conseguido até então.

O efeito *backlash* se deu, portanto, dentre outros fatores, com destaque para o sul do país, ao passo que no norte, 3/4 dos brancos acham que *Brown* está certo e apenas cerca de 5% veem os direitos civis como a questão mais importante de suas vidas; “no sul, 90% dos brancos veem *Brown* como errado e 40% veem o problema como o mais importante em suas vidas. Os brancos no país que mais se importam veem *Brown* como totalmente errado” (KLARMAN, 2011), o que, evidentemente, surtiu efeitos negativos.

Fonteles (2019) destaca que a insubordinação quanto ao cumprimento da decisão por parte de autoridades e agentes também foi ponto dominante. Segundo o autor, em 1957, “o Governador do Arkansas, valendo-se da força da Guarda Nacional, proibiu que nove alunos negros entrassem no Ginásio Central de Little Rock”, assim como Lindsay Almond, então governador da Virginia, determinou o fechamento de “nove escolas para esquivar-se do dever de promover a dessegregação” (FONTELES, 2019, p. 146).

Apesar disso, os Estados de Kentucky e Oklahoma sentiram os efeitos positivos da decisão, mas foi apenas a legislação de direitos civis da década de 1960 que encampou as mudanças esperadas por *Brown* (KLARMAN, 2007).

Assim, resta controversa a conclusão acerca da extensão dos benefícios da decisão desse caso, haja vista que, apesar do efeito *backlash* apontando para uma repercussão negativa da decisão com manifestações contrárias do governo e da sociedade, inclusive com a retirada de direitos já conquistados, importante ressaltar o significado desta decisão para o movimento negro na luta por direitos civis, uma vez que foi a partir dela que a segregação racial nas escolas foi tida inconstitucional.

Importa-nos também frisar que a tradição estadunidense foi alterada com esta decisão. Assim, o *backlash* negativo pode ser atribuído à falta de amadurecimento da questão por parte da sociedade para o cumprimento do comando decisional, haja vista a sensibilidade envolvendo o tema e o preconceito enraizado na tradicional segregação racial, o que também dificultou que o fim da segregação (não apenas como direito, mas como realidade de fato)

---

<sup>39</sup> Estes políticos eram conhecidos por seu apoio à segregação racial e por reprimirem de forma violenta manifestantes que lutavam pela igualdade.

acontecesse, mantendo-se o sentimento de separação, mesmo concedido o direito de estar juntos.

### 5.3.1.2 Caso *Obergefell v. Hodges*

Outro caso de grande repercussão nos Estados Unidos foi *Obergefell v. Hodges*, o qual tratou do reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo nos Estados Unidos.

James Obergefell era casado com John Arthur, casamento este realizado em Maryland. O casal corria contra o tempo devido a uma doença incurável que acometia Arthur. Além disso, nos Estados Unidos, não eram todos os Estados que reconheciam como legítimo o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Michigan, Kentucky, Ohio e Tennessee, por exemplo, consideravam como casamento apenas a instituição formada por um homem e uma mulher, desconhecendo como legítima a união entre homossexuais.

Assim, quando Obergefell e Arthur mudaram-se para o Estado de Ohio, depararam-se com um impasse, haja vista que aquele Estado reconhecia como legítimo apenas o casamento realizado entre homens e mulheres, o que motivou a judicialização do caso.

Obergefell postulou o reconhecimento da licença de casamento junto às autoridades locais de Ohio, uma vez que pretendia constar na certidão de óbito de John Arthur como seu marido. Apesar disso, o pedido foi negado. O casamento realizado em outro Estado não foi reconhecido como legítimo.

Insatisfeito com a resposta recebida, foi ajuizada ação contra o governador daquele Estado, John Kasich, na *United States District Court for the Southern District of Ohio*, sob o argumento de que o não reconhecimento da união seria um ato discriminatório por parte do Estado contra casais do mesmo sexo que haviam se casado fora da jurisdição de Ohio, violando a 14ª Emenda ao negar-lhes o direito de casar ou de ter os casamentos realizados legalmente em outro Estado reconhecido na sua integralidade. O Tribunal decidiu em favor dos petionários, mas o *Sixth Circuit* reverteu a decisão (APPEALS 14-556, 2015).

O *Sixth Circuit of Appeals* decidiu, por dois votos a um, que a proibição do casamento entre homossexuais não violaria a Constituição, mantendo resposta que já havia sido dada pelas autoridades locais de Ohio (APPEALS 14-556, 2015).

Sensibilizados pela decisão de Ohio, dias após a resposta da apelação, casais do mesmo sexo ajuizaram uma petição de *Writ of certiorari* para a Suprema Corte. Na petição, requereram que a Suprema Corte analisasse se a decisão proferida em Ohio violava as garantias

do *due process* e *equal protection*, assim como, se a recusa do Estado em reconhecer o julgamento adotado por outro Estado violava as diretrizes da *Credit clause* e *Full Faith* da Constituição (BUNCHAFT; VINCIGUERRA, 2017).

Ao analisar o caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos, por cinco votos a quatro, reconheceu a união entre homossexuais válida para todo o território americano, reforçando a necessidade de respeito à 14ª Emenda e exigindo que os “Estados reconheçam os casamentos do mesmo sexo validamente realizados fora do Estado” (APPEALS 14-556, 2015).

A decisão acabou por reconhecer que o rol de direitos constante da 14ª Emenda não esgotou os direitos fundamentais dos cidadãos, uma vez que “as gerações que escreveram e ratificaram a *Bill of Rights* e a 14ª Emenda não presumiram saber a extensão da liberdade em todas as suas dimensões” (ABBOUD, 2019, *ebook*) e, com isso, deixaram aberta para as futuras gerações a tutela das liberdades individuais, o que motivou a interpretação.

Apesar de a decisão proferida não contrariar o texto Constitucional ou precedente da Corte<sup>40</sup>, o *status quo ante* foi alterado e o casamento entre pessoas do mesmo sexo, por uma decisão judicial da Suprema Corte, foi autorizado em Estados que o proibiam até então.

Todavia, a decisão não foi unânime, com destaque ao voto divergente de John Roberts, que demonstrou preocupação com o efeito *backlash* que a decisão poderia causar, tendo em vista o caráter sensível do tema.

Quando da análise dos votos vencidos, notamos que estes não divergiam para afirmar que o casamento homoafetivo não era um direito, mas para debater acerca da autonomia de cada Estado para legislar sobre o tema.

Roberts (APPEALS 14-556, 2015) ressalta em seu voto que ao decidir pelo reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo, a Corte estaria decidindo além do permitido pela Constituição, uma vez que esta autoriza aos juízes afirmarem o que a lei é, e não o que ela deveria ser. Com isso, a Corte estaria apenas insuflando o conflito, principalmente no que tange à liberdade religiosa.

Entretanto, o posicionamento de Roberts não foi acolhido e o efeito *backlash*, tendo em vista o histórico de discussões sobre o tema, parece ter sido mitigado.

---

<sup>40</sup> Adiantaremos, ainda que sucintamente, a diferença entre a decisão proferida pela Corte estadunidense e a proferida pelo Supremo Tribunal Federal no que diz respeito aos ditames constitucionais. No caso brasileiro, a Constituição Federal, quando da decisão proferida, tinha texto constitucional expresso reconhecendo o casamento apenas quando se tratasse de união entre um homem e uma mulher, ao passo que nos Estados Unidos não havia nenhum óbice constitucional para se converter imediatamente a união homoafetiva em casamento, o que nos permite dizer que a decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos não foi ativista, realizando, apenas, a interpretação do texto Constitucional para atribuir direito àqueles que os têm.

A análise histórica realizada quando da prolação da decisão no caso *Obergefell v. Hodges* revela uma evolução de entendimentos acerca da inclusão dos homossexuais na sociedade, o que pode demonstrar também um amadurecimento por parte da sociedade, minimizando, por isso, os efeitos da decisão.

No século XX, muitos Estados condenaram a intimidade entre pessoas do mesmo sexo, rotulando-a como imoral. A homossexualidade era tratada como uma doença. Já no final do século, o desenvolvimento cultural e político permitiu que casais homossexuais tivessem vidas mais abertas e públicas. O diálogo público e privado, assim como mudanças nas atitudes públicas relacionadas ao adequado tratamento a ser concedido para gays e lésbicas foram intensificados. A exemplo disso, em 2003<sup>41</sup>, a Suprema Corte anulou sua decisão de 1986<sup>42</sup> que criminalizava certos atos homossexuais, reconhecendo que as leis que criminalizam a sodomia homossexual negavam aos gays a dignidade, a liberdade e a igualdade garantidos pela Constituição (APPEALS 14-556, 2015).

Em 2012, a *Federal Defense Of Marriage Act* também foi derrubada<sup>43</sup>. Diante disso, numerosos casos de casamento entre pessoas do mesmo sexo chegaram aos Tribunais Federais e Estaduais, o que contribuiu para o diálogo (APPEALS 14-556, 2015).

Deste modo, Kennedy, quando de seu voto, entendeu que “o direito ao casamento é um direito fundamental inerente à liberdade da pessoa, e sob as *Due Process Clause* e *Equal Protection Clause*, casais do mesmo sexo não podem ser privados de tal liberdade” (APPEALS 14-556, 2015).

Por muitas vezes, quando há uma decisão judicial que resolve divergência envolvendo matéria sensível – sobre a qual não há regulamentação – retira-se a possibilidade de um amadurecimento do tema por parte da sociedade e do governo, encerrando a possibilidade de debates e de convencimento daqueles que entendem de forma diversa do decidido, gerando, assim, o efeito *backlash*.

A decisão proferida no caso *Obergefell*, apesar de, ao que nos parece, ter sido aceita pacificamente, não serviu para transformar o entendimento daqueles que se posicionavam contrários ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. Apesar disso, a decisão supriu um *déficit* de representação política desta minoria estigmatizada ao reconhecer o direito dos homossexuais.

---

<sup>41</sup> Caso *Lawrence v. Texas* (539 U.S. 558, 575).

<sup>42</sup> Caso *Bowers v. Hardwick* (478 U.S. 186).

<sup>43</sup> Caso *Estados Unidos v. Windsor* (570 U.S. 744, 2013).

### 5.3.1.3 Caso *Roe v. Wade*

Selecionamos, ainda, dados os movimentos e controvérsias, o caso *Roe v. Wade*. Trata-se de uma mulher grávida e solteira (chamada Roe) que promove uma ação contestando a constitucionalidade das leis criminais de aborto do Texas, haja vista que estas proíbem a obtenção ou a tentativa de aborto, salvo se o objetivo for para salvar a vida da mãe, desde que sob orientação médica.

A decisão proferida no caso tratou da discriminação do abortamento no primeiro trimestre de gravidez, autorizando a realização desta prática, o que intensificou as manifestações e gerou ainda mais divergências de entendimentos no meio social e político.

Conforme descreve Dworkin (2006, p. 67), desde a ocorrência da decisão,

os grupos antiaborto e os conservadores em geral têm feito uma campanha obstinada e convicta para reverter essa decisão. Propuseram, sem sucesso, uma série de emendas constitucionais, patrocinaram projetos de lei derrotados pedindo que o Congresso declarasse que a vida do feto começa no momento da concepção, convenceram o Presidente Reagan a nomear para os tribunais federais juízes contrários ao aborto, moveram campanhas políticas inteiras – estruturadas em torno desse único assunto – contra candidatos que apoiam o direito ao aborto e depredaram e bombardearam clínicas de aborto.

Foram muitas também as manifestações religiosas a esta decisão. O Vaticano reservou espaço da sua audiência no rádio para criticá-la. As associações católicas também reagiram pedindo que os juízes da Suprema Corte fossem excomungados (FONTELES, 2019).

O aborto nunca foi matéria pacífica entre progressistas e conservadores, havendo, desde muito tempo, conflitos e desentendimentos sobre o tema. Ocorre que, com a decisão do caso *Roe*, a sociedade, assim como membros políticos, reagiram de forma intensa e muito negativa; suas reações variaram desde a propositura de projetos de lei até agressões, mortes e bombardeios de clínicas de aborto, dando origem a um intenso *backlash* negativo que perdurou no tempo.

Anos após a decisão ser proferida, ainda foi noticiado por jornais de grande circulação nos Estados Unidos, como o *The New York Times* (2009), manifestações contrárias e agressivas à autorização do aborto concedida pela decisão. Foram divulgadas mortes de médicos que realizavam o procedimento de aborto e de funcionários das clínicas, demonstrando a força negativa do efeito *backlash* ocorrido.

Como destaca Fonteles (2019, p. 152),

até os dias atuais, inúmeros grupos se articulam para demover a força jurídica desse julgado, que continua a ser um epicentro em torno do qual gravitam os debates eleitorais norte-americanos, bem como a fonte de questionamentos para uma eventual confirmação, no Senado, de pretensos juizes da Suprema Corte estadunidense.

O efeito *backlash* foi intenso e, apesar da manutenção da decisão proferida autorizando a prática do aborto, alguns Estados criaram muitas regras, colocando em risco, inclusive, a concretização da decisão.

Segundo o *site* de notícias norte-americano *The Daily Beast* (2018), as restrições legislativas em Kentucky, por exemplo, são abundantes e dificultam o acesso às clínicas de aborto, inclusive sua abertura e manutenção.

Em Kentucky, a Lei do Consentimento Informado exige que as pacientes consultem um médico, pelo menos 24 horas antes do aborto, para refletirem a respeito. Há também requisitos que exigem o consentimento dos pais para mulheres menores de 18 anos (salvo se a autorização para o aborto for judicial), assim como a possibilidade de exigir que a gestante assista ao exame de ultrassom e ouça os batimentos cardíacos do feto. Também não é permitido o aborto após 20 semanas, com base em uma lei fundada na pseudociência da dor fetal (ROGERS, 2018).

Apesar disso, há quem defenda, como Greenhouse e Siegel (2013), que os movimentos ativistas contrários a pautas progressistas são os verdadeiros responsáveis pelo *backlash*, e não apenas a decisão proferida pela Corte no caso *Wade* a responsável por este fenômeno<sup>44</sup>.

Neste sentido, segundo as autoras, o conflito acerca do aborto

aumentou antes mesmo de a Suprema Corte decidir em *Roe*, impulsionado por movimentos que lutavam por uma reforma legislativa e pelos esforços do Partido Republicano para recrutar eleitores historicamente alinhado com o Partido Democrata. Essas e outras características do conflito do aborto sugerem que a decisão do Tribunal em *Roe* não foi a única ou mesmo sua principal causa. Quando a mudança por meio de julgamento ou legislação ameaça o *status quo*, pode provocar contramobilização e *backlash*. Não temos dúvidas de que a decisão pode gerar *backlash*, mas duvidamos que a decisão seja distintamente mais provável do que a legislação para provocar *backlash* ou que o conflito do aborto ilustre esta suposta propriedade de julgamento (tradução nossa) (GREENHOUSE; SIEGEL, 2013, p. 240).

---

<sup>44</sup> Apesar de alguns autores entenderem que o efeito *backlash* pode ocorrer antes mesmo da decisão proferida pelo Tribunal, trata-se de uma reação política (seja por parte da sociedade ou do governo), em sentido contrário à decisão judicial proferida e que tem por intuito a manutenção do *status quo ante*. Não negamos que existam discordâncias de entendimentos ou movimentos anteriores ao decidido, de sua importância e influência sobre a decisão e seus efeitos, mas são reações motivadoras da judicialização do tema, que não correspondem ao *backlash* propriamente dito.

Conforme reforçamos em seções precedentes, quando o Poder Judiciário decide, criando regras ou disciplinando temas ainda não regulamentados por Poder específico e capaz para fazê-lo, proferindo decisões ativistas, o *backlash* é mais intenso.

De todo modo, não há como negarmos a existência do *backlash* em razão da decisão proferida, nem afirmarmos que a decisão serviu como o barril de pólvora que faltava para que os movimentos agressivos e a reação dos que ainda estavam inertes viessem à tona.

É inevitável, portanto, observarmos que a decisão do caso *Roe* inflamou as discussões já existentes sobre o tema e levou as manifestações contrárias ao decidido ao extremo de ceifar a vida de médicos e funcionários que realizam o procedimento abortivo.

Assim, resumidamente, apresentamos os casos *Brown v. Board of Education of Topeka*, *Roe v. Wade* e *Obergefell v. Hodges*, que tiveram grandes repercussões e divergências na sociedade e no meio político. Passaremos, portanto, nas próximas seções, à análise das decisões judiciais proferidas no Brasil quando do julgamento da prática da vaquejada, do reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar e da criminalização da homofobia, no que tange à existência do efeito *backlash* e do ativismo judicial.

### 5.3.2 Efeito *Backlash* no Brasil

#### 5.3.2.1 A vaquejada

Nesta seção, analisaremos o efeito *backlash* frente à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.983 e a consequente aprovação pelo Congresso Nacional da Emenda Constitucional n. 96, de 6 de junho de 2017, que acrescentou o § 7º ao artigo 225 da Constituição Federal, possibilitando, assim, a prática da vaquejada.

Inicialmente, importante mencionarmos que a atividade da vaquejada tem origem no nordeste do Brasil, mas é realizada, hoje, em quase todo o país. Originou-se da necessidade do sertanejo arrebanhar o gado que criava solto na mata, mas, atualmente, apresenta-se como uma atividade desportiva na qual dois vaqueiros que, perseguindo um boi em uma arena coberta por areia, o seguram pelo rabo e puxam o animal até que este seja derrubado no chão com as quatro patas para cima, demonstrando, assim, sua habilidade e mantendo a tradição de gerações do sertão nordestino.

Atualmente, a atividade da vaquejada ganhou grandes proporções no país, e acabou envolvendo, além do interesse cultural na atividade, interesses econômicos e políticos.

Como destaca Mattes (2018, p. 108-109), as formas

autóctones da prática se transformaram em enormes torneios com calendários e regras bem definidas, patrocinados por grandes empresas. Atualmente há eventos que movimentam diversas formas de negócios: inúmeros profissionais (vaqueiros, juizes de prova, locutores, veterinários, equipes de limpeza e inúmeros outros), um grande comércio (de venda de roupas, artigos de couro, hotéis, restaurantes), além de produções artísticas (cantores, empresas de equipamentos de som) e outros negócios paralelos (leilões de animais, comércio de rações, medicamentos, vacinas para animais, compra/venda de sêmen e outros).

Assim, os eventos que promovem a vaquejada “passaram a ter como finalidade principal uma maior viabilidade de lucros e de consumo”, deixando a função cultural da atividade para um segundo plano (MATTES, 2018, p. 109). Deste modo, “os interesses gerados em torno da vaquejada conduziram a um amplo movimento político interessado na sua regulamentação” (MATTES, 2018, p. 109).

Deste modo, a movimentação política para regulamentar a atividade foi grande. A Câmara dos Deputados de alguns Estados, assim como o Senado, moveram-se para regulamentar a atividade e tê-la reconhecida como patrimônio cultural imaterial.

O Estado do Ceará partiu na frente e, em 2013, editou a Lei n. 15.299, regulamentando a prática da vaquejada como atividade desportiva e cultural. Ocorre que, haja vista a divergência de entendimentos sobre o tema, o Procurador Geral da República ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.983, julgada em 6 de outubro de 2016 pelo Supremo Tribunal Federal.

A divergência consistiu no conflito entre a norma constitucional que assegura o direito ao meio ambiente (artigo 225, § 1º, VII) e a que garante o direito às manifestações culturais enquanto expressão da pluralidade (artigo 215, § 1º), ambas da Constituição Federal.

O artigo 225, § 1º, VII, da Constituição Federal rege:

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.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Já o artigo 215, § 1º dita:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Desta forma, tal qual é assegurado um meio ambiente ecologicamente equilibrado, protegendo os animais da crueldade, também é assegurado pela Constituição Federal o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, cabendo ao Estado proteger as manifestações culturais.

Diante desta controvérsia, o Supremo Tribunal Federal, na qualidade de guardião da Constituição Federal, foi chamado a se manifestar. E, por seis votos a cinco, decidiu pela inconstitucionalidade da lei cearense, afirmando, a maioria, que a prática da vaquejada, por si só, submete o animal bovino à crueldade, sendo contrária, portanto, ao que pretende proteger a Constituição Federal.

Apesar da decisão ter contrariado o ato do Poder Legislativo cearense, não há que se dizer, ao nosso sentir, acerca do fenômeno do ativismo judicial, uma vez que é autorizado ao Poder Judiciário, especialmente ao Supremo Tribunal Federal, controlar a constitucionalidade das leis.

No presente caso, em especial, o Supremo Tribunal Federal, de forma amplamente fundamentada, apresentou as razões da inconstitucionalidade da lei e assim decidiu sem qualquer invasão às competências dos demais Poderes.

Neste sentido, ensina Abboud (2019, *ebook*):

Por óbvio, sempre que o STF realizar controle de constitucionalidade e julgar inconstitucional lei por meio de ADIn, estará interferindo diretamente na esfera do legislativo. Todavia, essa interferência pertence a nossa engenharia constitucional. O controle de constitucionalidade, não bastasse ter sido previsto pelo Poder Constituinte Originário, é regulamentado pela lei nos termos da Constituição. Não se confunde, em nada, com os casos em que o Judiciário, especialmente do STF, interfere no Legislativo e no Executivo, sem autorização constitucional, o que configura invasão de competência e violação à separação de poderes, concretizando assim, a faceta macro do ativismo.

Apesar disso, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal causou forte mobilização da sociedade, assim como política-legislativa na Câmara Federal dos Deputados e no Senado, em busca da regulamentação da atividade e do seu reconhecimento como patrimônio cultural imaterial, revelando o efeito *backlash*.

Neste sentido, Chueiri e Macedo (2018, p. 144-145) argumentam:

houve uma rápida e significativa mobilização por parte da população nordestina ligada à esta prática esportiva-cultural. Em Salvador, em Brasília e em outras cidades, além de manifestações a favor da prática, houve a defesa da prática por meio de adesivos colocados em carros e caminhões. Essa mobilização foi além da rápida resposta congressual, a qual poderia induzir, equivocadamente, a ideia de que houve uma resposta legislativa (de uma elite) à decisão judicial proferida pelo STF (outra elite). Tanto a reação popular quanto a legislativa, ambas imediatas ao fato, desafiaram várias interpretações a respeito do tema, expondo as múltiplas vozes que dão sentido à Constituição, seus princípios, suas diretrizes e seus possíveis arranjos.

Assim, o efeito *backlash* em razão da decisão judicial foi imediato e as vozes que sopravam contra o Supremo Tribunal Federal foram ouvidas pelos demais Poderes<sup>45</sup>.

Houve grande movimento por parte da bancada ruralista, mas foi o Capitão Augusto, do Partido da República do Estado de São Paulo, da Frente Parlamentar Agropecuária, quem apresentou o Projeto de Lei n. 24/2016 objetivando regulamentar a atividade da vaquejada como patrimônio cultural imaterial.

O projeto foi aprovado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado e, em seguida, convertido na Lei n. 13.364/2016<sup>46</sup>, elevando, portanto, a vaquejada, à condição de manifestação da cultura nacional e de patrimônio cultural imaterial.

Ademais, em continuidade às reações à decisão do Supremo Tribunal Federal, em 19 de outubro de 2016, foi apresentado pelo Senador Otto Alencar (PSD/BA) uma proposta de Emenda à Constituição (PEC n. 50/2016), cujo objetivo era permitir a realização de manifestações culturais registradas como patrimônio cultural brasileiro, desde que não atentassem contra o bem-estar animal.

Em 14 de fevereiro, a PEC n. 50/2016 foi aprovada pelo Senado e encaminhada à votação pela Câmara, onde, em 31 de maio de 2017, foi aprovada e, em 6 de junho de 2017, promulgada pela Mesa das duas Casas, tornando-se a Emenda Constitucional n. 96/2017.

Assim, o § 7º foi incluído ao artigo 225 da Constituição Federal, com a seguinte redação:

---

<sup>45</sup> Neste momento, utilizamos o termo “Poderes” e não “Poder”, pois a reação, apesar de inicialmente surtir efeito no Poder Legislativo, a sanção da Lei n. 13.364/2016 dependia do Poder Executivo. Assim, as vozes da sociedade tinham de ser ouvidas pelos Poderes Legislativo e Executivo.

<sup>46</sup> “Art. 1º: Esta Lei reconhece o rodeio, a vaquejada e o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestações culturais nacionais, eleva essas atividades à condição de bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro e dispõe sobre as modalidades esportivas equestres tradicionais e sobre a proteção ao bem-estar animal. Art. 2º: O rodeio, a vaquejada e o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, são reconhecidos como manifestações culturais nacionais e elevados à condição de bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro, enquanto atividades intrinsecamente ligadas à vida, à identidade, à ação e à memória de grupos formadores da sociedade brasileira. Art. 3º: São consideradas expressões artísticas e esportivas do rodeio, da vaquejada e do laço atividades como: I – montarias; II – provas de laço; III – apartação; IV – *bulldog*; V – provas de rédeas; VI – provas dos Três Tambores, *Team Penning* e *Work Penning*; VII – paleteadas; e VIII – outras provas típicas, tais como Queima do Alho e concurso do berrante, bem como apresentações folclóricas e de músicas de raiz”.

§ 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.

Assim, da leitura do texto constitucional, concluímos que a prática da vaquejada foi autorizada pela Constituição Federal, uma vez que reconhecida por lei como patrimônio cultural imaterial – entende-se, portanto, que esta prática não submete os animais à crueldade.

Observamos, assim, a agilidade na aprovação dos projetos de lei apresentados sobre o tema e da consequente emenda à Constituição, sem qualquer audiência pública, debates entre os órgãos especializados no assunto, veterinários, instituições ambientalistas, associações culturais ou comunidades, o que demonstra uma ausência na concreção de diálogos institucionais e uma evidente disputa de poder pela última palavra, o que, na totalidade das vezes, prejudica os menos favorecidos, sejam eles as minorias estigmatizadas ou o meio ambiente.

No Brasil, a forma mais comum de diálogo institucional entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso se dá por meio da aprovação de emenda à Constituição, alterando, deste modo, o Poder Legislativo, a regra base do diálogo (VICTOR, 2015, *ebook*). Significa dizer que o Congresso, com a emenda, “muda o parâmetro de controle que serviu de fundo para a primeira apreciação do tribunal. Por essa razão, a resposta via emenda é quase um monólogo, pois, salvo raras exceções – como no caso da emenda dos vereadores –, será difícil uma reação do Supremo” (VICTOR, 2015, *ebook*).

Assim, se considerarmos, como afirmamos, que a edição de uma emenda constitucional – sem que se tenha ouvido órgãos especializados no assunto – é uma forma de diálogo institucional, estaríamos defendendo um diálogo sem diálogo, em uma nítida disputa pela última palavra.

Corroborando com esse entendimento, citamos as Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 5.728 e n. 5.772, ainda pendentes de julgamento, sobre o mesmo tema, demonstrando que a alteração/inclusão do texto constitucional não foi capaz de estimular o diálogo institucional e atender aos princípios e aos ditames constitucionais.

E mais, recentemente, em 17 de setembro de 2019, a Lei n. 13.364/2016 foi alterada pela Lei n. 13.873, trazendo algumas regulamentações acerca da vaquejada<sup>47</sup> e ampliando para

---

<sup>47</sup> “Art. 3º-A. Sem prejuízo do disposto no art. 3º desta Lei, são consideradas modalidades esportivas equestres tradicionais as seguintes atividades: I – adestramento, atrelagem, concurso completo de equitação, enduro, hipismo rural, salto e volteio; II – apatação, time de curral, trabalho de gado, trabalho de mangueira; III –

outras atividades, também discutíveis acerca da crueldade com animais, a qualidade de patrimônio cultural imaterial.

Destacamos que o presente estudo não tem por objetivo valorar a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal ou a edição da Emenda Constitucional pelo Poder Legislativo. A ideia é analisar o efeito *backlash* diante da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4983 e da aprovação pelo Congresso Nacional da Emenda Constitucional n. 96/2017, acrescentando o § 7º ao artigo 225 da Constituição Federal, reacendendo a discussão entre as teorias minimalista e maximalista já analisadas, e reforçando a necessidade dos diálogos institucionais.

Importante observarmos que

o caso da vaquejada expôs no STF diferentes interpretações, ora em favor do direito dos animais e pela proibição da crueldade, ora em favor da manifestação cultural desde que não resulte em crueldade. Provocou a sociedade, mobilizou a opinião pública e fez a política parlamentar assumir a controvérsia resultando em decisão contrária a que tomou o STF (CHUEIRI; MACEDO, 2018, p. 147).

A reação legislativa à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal foi imediata, reforçando ainda mais a necessidade do debate sobre quais são os limites de atuação do Supremo Tribunal Federal e do Congresso Nacional, e como devem proceder os Poderes quando estão diante de situações como a discussão da vaquejada, uma vez que a atuação de quaisquer dos Poderes quando desarmônica pode causar impactos irreversíveis à democracia, além da infração aos preceitos fundamentais.

Neste sentido, Sunstein (2001) levanta uma importante preocupação com o fortalecimento da democracia deliberativa, ao afirmar que não é qualquer debate que poderá ser fonte de embasamento para a decisão, mas deve haver um debate público robusto.

Assim,

---

provas de laço; IV – provas de velocidade: cinco tambores, maneabilidade e velocidade, seis balizas e três tambores; V – argolinha, cavalgada, cavahada e concurso de marcha; VI – julgamento de morfologia; VII – corrida; VIII – campereada, doma de ouro e freio de ouro; IX – paleteada e vaquejada; X – provas de rodeio; XI – rédeas; XII – polo equestre; XIII – paraequestre. Art. 3º-B. Serão aprovados regulamentos específicos para o rodeio, a vaquejada, o laço e as modalidades esportivas equestres por suas respectivas associações ou entidades legais reconhecidas pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. § 1º Os regulamentos referidos no *caput* deste artigo devem estabelecer regras que assegurem a proteção ao bem-estar animal e prever sanções para os casos de descumprimento. § 2º Sem prejuízo das demais disposições que garantam o bem-estar animal, deve-se, em relação à vaquejada: I – assegurar aos animais água, alimentação e local apropriado para descanso; II – prevenir ferimentos e doenças por meio de instalações, ferramentas e utensílios adequados e da prestação de assistência médico-veterinária; III – utilizar protetor de cauda nos bovinos; IV – garantir quantidade suficiente de areia lavada na faixa onde ocorre a pontuação, respeitada a profundidade mínima de 40 cm (quarenta centímetros)”.

o Judiciário deverá atuar de forma forte para que sejam asseguradas as condições para a implementação da democracia deliberativa, o que significa dizer, ele deve promover a desobstrução de canais de comunicação (ampliando a liberdade de expressão); a garantia do acesso a mais informações; a proteção da igualdade política e da deliberação em si mesma. Além dessas hipóteses, não deve o juiz adotar uma postura ativa, pois pode prejudicar a democracia e o autogoverno coletivo baseado no debate livre e robusto (CHUEIRI; MACEDO, 2018, p. 132-133).

Post e Siegel (2007), apesar de discordarem de Sunstein no que tange às decisões minimalistas, destacam a importância dos movimentos sociais em prol das lutas dos cidadãos, defendendo a realização dos diálogos institucionais. Nas palavras de Chueiri e Macedo (2018, p. 139), “o constitucionalismo democrático considera central o debate a respeito da autoridade da Constituição, a qual deve ser compreendida num contexto de conflito a respeito dos seus significados”.

Deste modo, é importante a realização dos diálogos institucionais em prol do deslinde de impasses envolvendo questões sensíveis, para que assim seja possível garantir uma correta aplicação dos princípios constitucionais.

### 5.3.2.2 O reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar

Conforme reforçamos, o protagonismo do Poder Judiciário em resolver questões sensíveis potencializou o envolvimento da sociedade na interpretação do texto constitucional e causou reações, ora positivas, ora negativas, às decisões proferidas.

A presente seção tem por finalidade analisar o efeito *backlash* frente à decisão do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132, que reconheceu a união estável homoafetiva como entidade familiar, com todos os direitos e deveres existentes no § 3º do artigo 226 da Constituição Federal e no artigo 1.723 do Código Civil.

O § 3º do artigo 226 da Constituição Federal traz em sua redação 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” (1988). Assim, fazendo distinção entre homem e mulher, não reconhece a Constituição, por si só, a união homoafetiva.

Igualmente, o artigo 1.723 do Código Civil restringe a homens e mulheres o reconhecimento da união estável: “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (2002).

Assim, a doutrina se dividia entre o reconhecimento das uniões homoafetivas apenas como sociedade de fato – sem qualquer ânimo familiar – e entre o reconhecimento como sociedade de afeto, equiparando-a às uniões heterossexuais, o que gerou muita controvérsia.

A divergência de entendimentos levou a questão ao Supremo Tribunal Federal por meio da ADI n. 4.277 (protocolada inicialmente como ADPF n. 178) e da ADPF n. 132.

A ADPF n. 132 trouxe discussão acerca dos direitos previdenciários de funcionários públicos civis que viviam em uniões homoafetivas, ou seja, pleiteava-se a aplicação da técnica de interpretação conforme a Constituição aos artigos 19, II e V, e 33 do Decreto-Lei n. 220/1975, assim como ao artigo 1.723 do Código Civil, para reconhecer que as uniões homoafetivas de funcionários públicos civis fossem tratadas da mesma forma que as uniões estáveis heterossexuais, atribuindo-lhes os mesmos direitos, sob pena de afronta aos princípios da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

Na mesma linha, a ADI n. 4.277 buscou o reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar, com equiparação à união estável heterossexual e, por consequência, com o reconhecimento dos mesmos direitos a ela atribuídos, requerendo interpretação conforme a Constituição para o artigo 1.723 do Código Civil.

Diante das ações apresentadas, proferiu o Supremo Tribunal Federal decisão – ignorando o texto exposto dos artigos 226, § 3º, da Constituição e 1.723 do Código Civil quanto à necessidade da existência de homem e mulher para configurar a união estável – equiparando a união homoafetiva à união heterossexual.

O Ministro relator Carlos Ayres de Brito (2011) destacou que “o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica”.

Conforme mencionamos, ao Supremo Tribunal Federal é autorizado realizar o controle de constitucionalidade das leis. Assim, cabe à Corte, por meio de robusta fundamentação, demonstrar os motivos que levaram à declaração da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei. É certo, portanto, que a realização do controle de constitucionalidade das leis, por si só, não caracteriza o ativismo judicial.

Quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277, o Supremo Tribunal Federal acabou declarando inconstitucional dispositivo contido na Constituição Federal – com o reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar – haja vista que o texto legal do § 3º do artigo 226 rege: “é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”.

Notamos, assim, que a Constituição Federal é expressa ao declarar que o casamento é a união entre um homem e uma mulher, tendo o Tribunal, ao reconhecer a união estável homoafetiva como entidade familiar, atentado contra texto expresso posto. Vale lembrarmos que o texto constitucional é limite intransponível para a atuação do Poder Judiciário e, agindo deste modo, incorreu, o Supremo Tribunal Federal, em claro ativismo judicial.

Conforme destaca Abboud (2019, *ebook*), o ativismo judicial poderia ter sido evitado se a Corte tivesse reconhecido a legitimidade das uniões entre pessoas do mesmo sexo, concedendo a eles, inclusive, os direitos civis e previdenciários decorrentes dessa modalidade de união, mas tivesse feito uma “decisão de apelo ao Legislador para que fosse providenciada a necessária emenda constitucional para se modificar o § 3º do art. 226 da CF”. Deste modo, teria assegurado os direitos almejados, mas não teria incorrido em manifesto ativismo judicial.

As consequências, conforme reforça Abboud (2019), seriam as mesmas. No entanto, importante observarmos aqui a crítica à prática do ativismo judicial nos moldes a que se propõe nossa pesquisa, uma vez que decisões ativistas podem se tornar perigosas para a democracia constitucional e causar insegurança jurídica, especialmente quando estamos diante de situações em que se retira qualquer limite para que o Supremo Tribunal Federal decida, conforme constatamos no presente caso<sup>48</sup>.

A decisão da Corte despertou fortes reações negativas, demonstrando uma significativa ascensão do conservadorismo que, até então, parecia inerte às manifestações de grupos LGBTQI+<sup>49</sup> que lutavam pelo reconhecimento das uniões homoafetiva, aflorando-se o efeito *backlash*.

Nas palavras de Lima (2015, *online*),

a mudança jurídica decorrente da decisão judicial obriga que os conservadores explicitem seus pontos de vista claramente e, nesse processo, um sentimento de intolerância que até então era encoberto pela conveniência do *status quo* opressivo tende a surgir de modo menos dissimulado.

O efeito *backlash* causado pela decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal pode ser visto tanto na sociedade, que se mobilizou em manifestações pela *internet*, como no

---

<sup>48</sup> A crítica diz respeito à decisão ativista e não à legitimidade de que pessoas do mesmo sexo casem e tenham todos os direitos civis reconhecidos. A conquista alcançada com tantos anos de luta, sangue e suor, deve ser respeitada e é exemplo para a democracia e concretização dos princípios da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Com ela ganham todos, sejam membros da comunidade LGBTQI+ ou heterossexuais, porque ganham a sociedade, a democracia e o amor.

<sup>49</sup> Ao longo do texto, utilizaremos siglas para mencionar o grupo de gays, lésbicas, bissexuais, transgêneros, transexuais, *queer*, intersexo, assexual ou quaisquer outras orientações sexuais ou de identidade de gênero existentes, variando de LGBT, LGBT+, LGBTQI+ a LGBTQIA+, a depender do ano da citação utilizada como referência no assunto.

meio político, com a atuação do Poder Legislativo propondo projetos de lei visando excluir a união homoafetiva do conceito de entidade familiar.

Dentre os diversos movimentos políticos contrários ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, citamos o Projeto de Lei n. 6.583/2013 (Estatuto da Família) de iniciativa do deputado Anderson Ferreira (PR/PE), o qual teria por objetivo excluir as relações homoafetivas da proteção estatal, trazendo em seu artigo 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, 2013a).

No mesmo sentido, foi proposto Projeto de Lei, de iniciativa do deputado Rodrigo Delmasso (PRB), também restringindo a entidade familiar à união entre homem e mulher. Submetido às aprovações de praxe, o Projeto foi convertido na Lei n. 6.160/2018 do Distrito Federal, trazendo em seu artigo 2º, I, a definição de entidade familiar como “o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável” (2018), excluindo, deste modo, a união de pessoas do mesmo sexo.

Ocorre que apesar dos projetos de lei propostos e da aprovação da Lei n. 6.160/2018-DF, as tensões entre os que apoiavam o reconhecimento das relações homoafetivas como entidade familiar e os que eram contrários a este entendimento continuaram.

A edição da Lei n. 6.160/18-DF motivou a propositura de outra Ação Direta de Inconstitucionalidade, a ADI n. 5.971. O Supremo Tribunal Federal, novamente, foi chamado para dirimir controvérsia acerca da correta interpretação da Constituição.

Com isso, em decisão proferida em setembro de 2019, por unanimidade, e corroborando com o entendimento que proferira quando do julgamento da ADI n. 4.277, o Tribunal julgou parcialmente procedente o pedido para conferir

interpretação conforme à Constituição ao art. 2º, I, da Lei n. 6.160/2018, no sentido de que não seja excluído do conceito de entidade familiar, para fins de aplicação de políticas públicas, o reconhecimento de união estável contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo, nos termos do voto do Relator (ADI 5.971, 2019).

Deste modo, em decisão contramajoritária, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável homoafetiva como entidade familiar, declarando a inconstitucionalidade, em parte, do inciso I, do artigo 2º, da Lei n. 6.160/2018-DF.

Foram também realizadas pesquisas com a população acerca da concordância com a decisão proferida pela Corte, e, conforme a agência de pesquisa de mercado e inteligência

*Hello Research*, mais da metade dos brasileiros, em 2015, eram contrários ao “casamento gay”. Dos pesquisados, 21% declararam ser indiferentes ao tema e 30% totalmente favoráveis à ideia (BARBOSA, 2015).

Além disso, movimentos religiosos se posicionaram contrários ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, o que gerou diversas manifestações na mídia, inclusive, manifestações nas ruas, como a liderada por Silas Malafaia, que contou com aproximadamente 40 mil participantes (BRESCIANI, 2013).

Por outro lado, alguns movimentos políticos manifestaram concordância com a decisão proferida pela Corte e repúdio aos movimentos de exclusão dos casais homossexuais. Como exemplo, citamos a proposição pela senadora Lídice da Mata (PSB-BA) do Projeto de Lei n. 470/2013, o qual propõe o Estatuto das Famílias, incluindo as uniões estáveis homoafetivas como entidade familiar.

Em 14 de maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), corroborando o entendimento do Supremo Tribunal Federal, editou a Resolução n. 175 proibindo que as autoridades competentes se recusem a habilitar ou celebrar casamento civil ou, até mesmo, converter união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Notamos, assim, que apesar do ativismo judicial existente na decisão do Tribunal, neste caso, ele foi a peça fundamental para promover o direito à igualdade, uma vez que só a partir da decisão da Corte é que a mobilização social foi encorpada e que debates realmente robustos reforçaram a necessidade de defesa dos direitos dos homossexuais no que tange ao reconhecimento da união estável como entidade familiar. Ainda, foi criada a Resolução n. 175 do CNJ.

Nesse caso, a ausência de representantes desta minoria nas instâncias deliberativas e a significativa atuação de representantes conservadores pode ter influenciado a forte reação política contrária à decisão proferida pela Corte.

Isso demonstra, mais uma vez, a necessidade dos diálogos institucionais para que o deslinde dos feitos possa acontecer de forma imparcial e de modo a atender às necessidades das minorias estigmatizadas. Isto porque, por muitas vezes, elas não são representadas nas instâncias deliberativas, o que impede que estas conheçam corretamente as necessidades das minorias e, com isso, alcancem os objetivos finais almejados pela Constituição Federal.

### 5.3.2.3 Criminalização da homofobia

Nesta seção, analisaremos a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26 e do Mandado de Injunção n. 4.733, à luz da existência ou não do efeito *backlash* a partir desta decisão.

A população LGBTQIA+ é frequentemente vítima de inúmeras formas de violência, físicas e psicológicas, em razão da orientação e/ou identidade sexual de seus indivíduos. Ao longo do tempo, foram vários os movimentos sociais que pediram mudanças no tratamento do atualmente denominado grupo LGBTQIA+, uma vez que a invisibilidade desta população, assim como a falta de proteção estatal, incentivavam o aumento da violência e de sua exclusão social.

Pesquisas recentes revelaram um quadro de violência sistemática no Brasil contra a população LGBTQIA+. O Ministério dos Direitos Humanos, no relatório *Violência LGBTFóbicas no Brasil: dados da violência* (2018) apresentou, com informações extraídas de pesquisa realizada pelo Disque 100<sup>50</sup>, que em 2017, no Brasil, aconteceram “2.964 violações de direitos humanos de caráter LGBTFóbico” (2018, p. 74).

Esta violência também pode ser identificada em anos posteriores, como consta das pesquisas realizadas pelo Grupo Gay da Bahia (GGB), as quais identificaram que 420 pessoas LGBT+ foram mortas no Brasil, em 2018, vítimas de violência: “a cada 20 horas um LGBT morre de forma violenta vítima da LGBTFobia, o que faz do Brasil o campeão mundial de crimes contra as minorias sexuais” (2018, p. 1), reforçando ainda mais a necessidade de criminalização da homofobia e da transfobia.

Nesse estudo, trazemos os ensinamentos de Borillo (2010, p. 36) acerca do conceito de homofobia, para quem se trata de

[...] hostilidade geral, psicológica e social, em relação àqueles de que se supõe que desejam indivíduos de seu próprio sexo ou tenham práticas sexuais com eles. Forma específica de sexismo, a homofobia rejeita a todos os que não se conformam com o papel determinado por seu sexo biológico. Construção ideológica consistente na promoção de uma forma de sexualidade (hétero) em detrimento de outra (homo), a homofobia organiza uma hierarquização das sexualidades e extrai dela consequências políticas.

---

<sup>50</sup> O Disque 100 é um canal de denúncias anônimas para socorrer as vítimas de violência. É também um instrumento oficial produtor de informações para a realização de pesquisa e de melhorias para o enfrentamento ao preconceito e à discriminação contra a população LGBTQIA+.

Não há como negar, portanto, que as ofensas, agressões e discriminações acontecem contra os LGBTQIA+ e que motivam aqueles que se sensibilizam com a situação por eles enfrentada, a incentivar a elaboração de legislação criminal capaz de punir referidas condutas, uma vez que a legislação não criminal existente não tem se mostrado apta para impedir a homofobia e a transfobia, permitindo, por consequência, o aumento da violência e da falta de punições.

Diante deste quadro, foram apresentados os Projetos de Lei n. 4.242/2003, 3.770/2000 e 5.003/2001, agrupados posteriormente no Projeto de Lei n. 122/2006<sup>51</sup>, que tramitava no Congresso Nacional, mas que, por inércia, foi arquivado em 2015, demonstrando, mais uma vez, a negligência do Poder Legislativo com a população LGBTQIA+, deixando de cumprir seu papel de legislador.

Em 2013, foi proposta, pelo Partido Popular Socialista, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26, cuja pretensão era criminalizar a homofobia e a transfobia, tendo em vista a mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa.

Em sua inicial, o partido autor ressaltou que a homofobia e a transfobia “constituem espécies do gênero racismo, na medida em que racismo é toda ideologia que pregue a superioridade/inferioridade de um grupo relativamente a outro” (2013, p. 2). Além disso, a homofobia e a transfobia também podem ser enquadradas no conceito de “discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais” (2013, p. 2), devendo, portanto, ser aplicada a Lei n. 7.716/1989, conhecida como Lei de Racismo, a fim de estender a tipificação nela prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, até que sobrevenha lei específica para tratar do tema (2013).

Assim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão proposta teve por finalidade

obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima com base na ordem constitucional de criminalizar (mandado de criminalização) relativa ao racismo (art. 5º, XLII) ou, subsidiariamente, às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) ou, ainda subsidiariamente, ao princípio da proporcionalidade na aceção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV, da CF/88) (ADO, 2013, p. 1-2).

---

<sup>51</sup> A Bancada Evangélica pediu o apensamento do PLC n. 122/06 ao novo Código Penal. Este pedido foi entendido, haja vista a natureza conservadora da bancada, como uma forma de procrastinar o efetivo andamento do projeto, uma vez que o tempo de aprovação do Código seria maior do que a aprovação de uma simples lei.

E em 13 de junho de 2019, o Supremo Tribunal Federal proferiu acórdão conhecendo, parcialmente, por unanimidade, da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, julgando-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, reconhecendo a inércia do Congresso Nacional para implementar medidas destinadas “a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII, do art. 5º, da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT” (2019) e, por consequência, declarar a existência de “omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União” (2019), dando interpretação conforme a Constituição para

enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei n. 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso *Ellwanger*), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão (ADO 26, 2019).

Em seu voto (2019), o Ministro Celso de Mello levanta a hipótese da possibilidade de ocorrência do efeito *backlash*, haja vista a divergência existente sobre o tema objeto da decisão entre progressistas e conservadores do governo. Neste sentido, discorre:

Sei, que em razão de meu voto e de minha conhecida posição em defesa dos direitos das minorias (que compõem os denominados “grupos vulneráveis”), serei inevitavelmente incluído no “Index” mantido pelos cultores da intolerância cujas mentes sombrias – que rejeitam o pensamento crítico, que repudiam o direito ao dissenso, que ignoram o sentido democrático da alteridade e do pluralismo de ideias, que se apresentam como corifeus e epígonos de sectárias doutrinas fundamentalistas – desconhecem a importância do convívio harmonioso e respeitoso entre visões de mundo antagônicas!

No acórdão (STF, 2019), também fica destacada a importância das decisões proferidas pelo Tribunal e a função inerente ao Poder Judiciário:

nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, do que a promulgar com o intuito de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes ou de grupos majoritários, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos ou, muitas vezes, em frontal desrespeito aos direitos das minorias, notadamente daquelas expostas a situações de vulnerabilidade.

O ponto mais sensível de discussão estava em torno da questão religiosa. Membros da Bancada Evangélica se preocupavam com o cerceamento da liberdade religiosa, haja vista que não reconhecem a homossexualidade como algo natural e se posicionam contrários à discussão.

Cientes de tamanha discussão, os Ministros, quando da decisão, definiram o tema assegurando a liberdade religiosa, permitindo que os líderes religiosos e de seus liderados pregassem, livremente, por qualquer meio, seu pensamento e convicções de acordo com o que estiver contido em seus livros e códigos sagrados; por outro lado, isso não lhes daria o direito de proferir discursos de ódio, estimulando a discriminação e a violência.

Apesar disso, o trecho tratando especificamente sobre o tema não foi suficiente para conter o *backlash* e satisfazer os anseios de líderes religiosos, os quais, insatisfeitos, começaram a trabalhar em sentido oposto à decisão proferida.

O senador Marcos Rogério (DEM-RO) propôs um Projeto de Decreto para que a decisão do Supremo Tribunal Federal em criminalizar a homofobia no Brasil fosse cancelada. “Em sua defesa, o parlamentar argumenta que cabe apenas ao Poder Legislativo criar leis e que, portanto, houve uma ação de inconstitucionalidade na decisão do STF” (SENADOR..., [2019]).

Já a deputada Bia Kicis (PSL/DF) propôs o Projeto de Lei n. 4.075/2019<sup>52</sup>, cuja finalidade era vedar “a tipificação de conduta ou a criação de tipo penal, por decisão na ação direta de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade, e na ação direta de inconstitucionalidade por omissão” (2019).

Outros parlamentares da Bancada Evangélica também se manifestaram acerca da decisão proferida pelo Tribunal. O Pastor Marco Feliciano (PODE/SP) apresentou o Projeto de Lei n. 2.672/2019, visando alterar “a Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para dispor sobre os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional ou orientação sexual” (2019), mas retirou o projeto de pauta<sup>53</sup>.

Ademais, dias após a publicação do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, foram opostos Embargos de Declaração pelo Advogado-Geral da União, José Levi Mello do Amaral Junior, questionando a decisão e requerendo o acolhimento dos embargos

---

<sup>52</sup> A situação deste projeto é: “Pronta para Pauta na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). CÂMARA LEGISLATIVA. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2212100>. Acesso em: 12 mar. 2021”.

<sup>53</sup> Este projeto foi “Retirado pelo autor. CÂMARA LEGISLATIVA. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2200471>. Acesso em 12 mar. 2021.

tendo em vista a contradição entre o juízo de omissão normativa e a solução de interpretação conforme, para que se reconheça o caráter declaradamente aditivo da decisão, com a satisfação dos ônus argumentativos aplicáveis à justificação de um precedente dessa natureza em matéria penal; [...] a omissão relativa às consequências práticas da interpretação adotada pelo acórdão, para que se esclareça o alcance do conceito penal de racismo da Lei n. 7.716, de 1989, mormente relativamente a quaisquer outras condutas de intolerância, ponderando-se a proteção ampliativa que se deve dar a Direitos Fundamentais, bem assim a evidente compreensão estrita que deve ser dispensada a tipos penais; e [...] que, no processo de adequação típica da Lei n. 7.716/1989, devem ser ressalvados (iv.a) excludentes de ilicitude decorrentes do legítimo exercício de outras liberdades constitucionais, além da liberdade religiosa; (iv.b) atos de controle de acesso a espaços de convivência pública praticados sob o imperativo de reserva de intimidade; e (iv.c) atos de exclusão de membros de organizações religiosas por aplicação de seus respectivos códigos de conduta, bem assim os respectivos limites em face da Constituição.

Assim, a decisão proferida pela Corte desencadeou uma série de reações na sociedade ou no meio político. Grupos ligados aos movimentos LGBTQIA+ apoiaram a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, ao passo que grupos ligados às igrejas neopentecostais criticaram fortemente o que foi decidido.

O representante do Poder Executivo, Presidente Jair Bolsonaro, também se mostrou contrário à decisão. Apesar disso, parece-nos que a decisão do Supremo Tribunal Federal – reconhecendo a inércia legislativa e determinando a aplicação da Lei n. 7.716/1989 aos casos de homofobia e transfobia, até que sobrevenha legislação autônoma, a qual foi ao Congresso Nacional determinada sua elaboração – enfraqueceu a reação política contrária, tornando remota a possibilidade de concreção de medida oposta à decisão.

De todo modo, ressaltamos a importância da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, pois, apesar de revestida por um viés ativista, fez movimentar a máquina legislativa e surgir um diálogo entre os Poderes, uma vez que, não obstante a propositura de inúmeros projetos de lei ao longo de vários anos no intuito de criminalizar a homofobia, foi apenas após uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que conservadores e progressistas começaram a dialogar (ao invés de protelarem a regulamentação do caso) para que uma lei pudesse contemplar a proteção a esta minoria estigmatizada, sem ferir a liberdade religiosa de conservadores.

Até o momento, não sabemos qual será o deslinde do caso, haja vista que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26 ainda tramita, mas, certamente, a decisão proferida pelo Tribunal, atrelada ao efeito *backlash* e aos demais movimentos sociais sobre o tema, possibilitou o debate e a esperança pela aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana para esta minoria estigmatizada.

#### 5.4 OS IMPACTOS DO EFEITO *BACKLASH*

Parece-nos previsível, de um lado, que o grande número de decisões proferidas pelos Tribunais quando da análise de questões sensíveis controvertidas ainda não amadurecidas pela sociedade, seja no Brasil ou fora dele, aja como um gatilho político capaz de gerar reações.

Por outro lado, podemos pensar, analisando as matérias levadas ao Poder Judiciário, que estas já são, por si só, matérias controvertidas e não amadurecidas capazes de gerar reações independentemente da existência de posicionamento por parte do Poder Judiciário.

Não há dúvidas, portanto, de que matérias controvertidas de cunho social e político geram reações na sociedade, seja por sua natureza ou em razão de decisões judiciais.

Como nosso estudo tem como escopo analisar o efeito *backlash*, frisamos a divergência doutrinária acerca do momento em que se dá esse efeito, uma vez que parte da doutrina defende a possibilidade de verificá-lo em qualquer momento controvertido que não apenas o resultante de decisão judicial.

Na opinião de Greenhouse e Siegel (2013), não é possível evitar o efeito *backlash* com a simples proibição de decisões ativistas das Cortes, pois este efeito pode ser identificado antes mesmo de a decisão proativa ser proferida, estando intrinsecamente ligado à diversidade de entendimentos.

No mesmo sentido, Bunchaft (2014, p. 35) defende, quando da análise de decisões da Corte estadunidense acerca de minorias sexuais LGBT, que “a compreensão de que a atuação da Corte seria a única causa que inspirou o *backlash* não satisfaz a realidade dos fatos e pode ser desconstruída por meio de uma investigação histórica”, pois a “política ordinária e atores não judiciais podem suscitar formas de conflito social contra decisões que resguardam direitos de minorias independentemente da atuação das Cortes” (2014, p. 35).

Em sentido oposto, Kozicki (2015) argumenta que o termo *backlash* pode ser entendido, na teoria constitucional, como uma reação contrária a decisões judiciais. No Brasil, é especialmente identificado quando das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado/abstrato de constitucionalidade.

Conforme demonstramos em seção precedente, entendemos, para os fins propostos nessa pesquisa, que o efeito *backlash* surge em razão de decisão judicial proferida em sede de controle de constitucionalidade quando se identifica a alteração do *status quo ante* (seja ela ativista ou não) e não pelo fato da matéria posta estar envolvida em controvérsias. Não negamos, pois, que matérias sensíveis cheguem ao Poder Judiciário devido à reação política ou social, mas, entendemos que manifestações e discussões a respeito delas (ocorridas antes da

decisão) são motivadoras da judicialização e consequência das diferentes opiniões sobre o tema em debate, não se tratando, pois, do efeito *backlash*.

As controvérsias em torno de matérias sensíveis podem tornar as discussões robustas de maneira a garantir os direitos às minorias estigmatizadas, ainda que inicialmente por meio de uma decisão ativista e contramajoritária, conforme identificamos ao longo dessa pesquisa.

Não afirmamos aqui que o Poder Judiciário está autorizado e que deve proferir decisões ativistas, mas que o receio de uma oposição às decisões judiciais não pode se sobrepor ao dever do Poder Judiciário de garantir os direitos fundamentais às minorias estigmatizadas, o que reforça a necessidade de que o Poder Judiciário profira suas decisões ainda que destas resulte um efeito *backlash* negativo<sup>54</sup>.

Ademais, entendemos que os diálogos institucionais são capazes de mitigar os reflexos das decisões ativistas e proporcionar melhor adequação do texto constitucional às realidades, possibilitando que as decisões tomadas – após análise específica do tema por meio do diálogo entre as instituições competentes para tanto – tragam uma melhor solução ao caso com a observância dos preceitos constitucionais.

Valle (2013, p. 21), ao apontar o Poder Judiciário como veículo de oposição a uma deliberação do poder, entende que esta oposição expressa “uma fase de um diálogo permanente na busca da autorização de sentido ao texto constitucional” e, assim, afirma que desconhecer um dos vetores de força (*backlash*) é entender mal o movimento:

se a decisão judicial em controle de constitucionalidade tem a virtude de retirar o corpo (social) da inércia; nem por isso se deve entender que essa mudança de movimento conduza direta e inexoravelmente à melhor trajetória. Corpos em movimento sujeitam-se a complexas relações de forças – e o aprimoramento do seu curso do Estado Democrático de Direito rumo à concretização dos valores constitucionais depende justamente de (re)conhecer-se todos esses vetores.

O efeito *backlash* gera impactos para a sociedade, uma vez que, por muitas vezes, a partir deste fenômeno social, os demais Poderes reagem à decisão proferida pela Corte que dita regras até então inexistentes, conforme identificamos em seções anteriores.

Igualmente, o *backlash* é capaz de movimentar os Poderes, vez que surge como uma reação popular ou política à decisão judicial que acaba motivando os Poderes Legislativo e Executivo a reagirem à decisão, repelindo-a.

---

<sup>54</sup> Por efeito *backlash* negativo entende-se aquela manifestação contrária à decisão.

Forçoso novamente ressaltarmos que o minimalismo judicial, apesar de diminuir a chance de ocorrência do efeito *backlash*, é capaz de funcionar na entrega do direito fundamental quando o processo deliberativo acontece de modo eficaz, ou seja, sem excluir grupos estigmatizados nem considerar interesses particulares para realizar suas atividades.

Por outro lado, podemos identificar decisões maximalistas – que aumentam as chances da verificação do efeito *backlash* – sendo proferidas para suprir o *déficit* de atuação dos demais Poderes.

Neste cenário, o que se busca, ao final, é uma correta atuação dos Poderes, com a entrega das garantias constitucionais, o que pode ser concretizado com os diálogos institucionais, de maneira a impedir a extrapolação de Poderes e de interesses.

Neste sentido, Bunchaft e Vinciguerra (2017, p. 751) refletem:

as formas dialógicas de judicialização não violam o princípio da separação de poderes, haja vista que o trabalho da Corte, em conjunto com os ramos do poder público e a partir dos diálogos com os movimentos sociais, atribui força e caráter vinculante à decisão, contemplando receptividade democrática suficiente para ter legitimidade e efetividade.

Assim, o que defendemos aqui não são decisões ativistas e carregadas de subjetivismo, mas a existência de um debate democrático entre os Poderes e a sociedade para a concretização dos direitos constitucionais garantidos, de modo a minimizar o efeito *backlash* decorrente de decisões judiciais tomadas no âmbito da jurisdição constitucional.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto ao longo da nossa pesquisa, identificamos a necessidade de uma atuação harmônica entre os Poderes, assim como entre estes e a sociedade, firmando um diálogo institucional cujo objetivo é reduzir o número de decisões ativistas e minimizar o efeito *backlash*.

O Poder Judiciário, frequentemente provocado para dirimir questões sociopolíticas bastante controvertidas, assumiu o papel de protagonista entre os Poderes, o que tem contribuído para que o fenômeno do ativismo judicial seja constantemente colocado em destaque. O fato, por consequência, elevou os debates acerca dos limites de atuação do Poder Judiciário sobre a morosidade do Poder Legislativo e sobre a necessidade de participação direta da sociedade para minimizar a exclusão das minorias estigmatizadas. Tudo isso, agregado às manifestações contrárias às decisões contramajoritárias proferidas pelo Tribunal que alteram o *status quo ante*, denominadas efeito *backlash*.

Assim, para compreendermos, de forma histórica e cronológica, o contexto das atividades dos Poderes até a proposta da realização dos diálogos institucionais para minimizar as decisões ativistas, tal como a existência do efeito *backlash*, percorremos as origens e os conceitos do ativismo judicial, com destaque aos posicionamentos doutrinários acerca da legitimidade da atuação proativa do Poder Judiciário, diferenciando-o do evento da judicialização da política e finalizando com a apresentação dos riscos e das consequências deste ativismo.

Analisamos também a dinâmica da separação dos Poderes, com a exposição dos entendimentos trazidos por Waldron e Ackerman, e os impasses envolvendo a realização do controle de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, por meio de uma análise dos sistemas brasileiro e estadunidense.

Investigamos, ainda, as teorias do constitucionalismo popular e o diálogo constitucional, discutindo acerca das “dificuldades contramajoritárias” e das “virtudes passivas” trazidas por Bickel, assim como a respeito do minimalismo judicial encampado por Cass Sunstein, e a teoria do constitucionalismo democrático de Post e Siegel, de maneira a esclarecer suas diferenças e objetivos.

Na sequência, passamos ao estudo dos diálogos institucionais, com destaque para as teorias estruturais do diálogo (equilíbrio e parceria) de Bateup, de maneira a trazer alguns dos desafios e dilemas enfrentados para a sua realização envolvendo a sociedade, os Poderes e as instâncias políticas.

Ao final, apresentamos o conceito e as características do efeito *backlash*, com importante debate inserido no contexto do constitucionalismo democrático e do minimalismo judicial a partir da análise de alguns casos brasileiros e estadunidenses de grande repercussão.

Quando do estudo do caso *Brown v. Board of Education of Topeka* identificamos claramente a presença do efeito *backlash* em decorrência da decisão proferida pela Corte, que alterou o *status quo ante*, de modo a garantir que negros frequentassem escolas que, até então, eram apenas frequentadas por brancos. Com isso, foi possível identificar também a ausência de amadurecimento sobre a questão por parte da sociedade, haja vista a sensibilidade envolvendo o tema e o preconceito enraizado na tradicional segregação racial, o que dificultou a concretização da decisão e o fim desta segregação.

Diversamente do caso *Brown*, em *Obergefell v. Hodges* notamos que – apesar da preocupação de alguns dos membros da Corte acerca do efeito *backlash* que poderia resultar de uma decisão alterando o *status quo ante* e interferindo na autonomia dos Estados para legislar sobre o tema – o amadurecimento do tema, ainda que sensível, foi fundamental para minimizar o efeito *backlash*. A análise histórica realizada quando da prolação da decisão neste caso revelou uma evolução de entendimentos acerca da inclusão dos homossexuais na sociedade, resultado de anos de diálogos públicos e privados e possibilitou a mitigação deste efeito. Evidente que a decisão, por si só, não foi capaz de transformar o entendimento daqueles que se posicionavam contrários ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas acabou suprimindo o *déficit* de representação política que acometia esta minoria, atribuindo-lhes direito constitucionalmente assegurado.

Já no Brasil, analisamos o caso da vaquejada, no qual o efeito *backlash* foi imediato. Após a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal declarando a inconstitucionalidade da lei federal cearense, que autorizava a prática da vaquejada, o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional n. 96, que acrescentou o § 7º ao artigo 225 da Constituição Federal para autorizar a prática, contrariando a decisão proferida. Merece destaque aqui, portanto, a rapidez com que a emenda foi aprovada e a ausência dos diálogos institucionais, o que deixa ainda mais evidente a necessidade destes diálogos, seja por meio de audiências públicas, de debates entre os órgãos especializados no assunto, de comunidades e de Poderes. O fato reforçou também o questionamento acerca dos limites de atuação do Supremo Tribunal Federal e do Congresso Nacional, da disputa pelo poder da última palavra e de como devem proceder os Poderes quando estão diante de situações como esta, uma vez que a atuação de quaisquer deles, quando desarmônica e fundada em interesses particulares, pode causar impactos irreversíveis à democracia, assim como a infração aos preceitos fundamentais.

Estudamos também o reconhecimento, por parte do Supremo Tribunal Federal, da união estável homoafetiva como entidade familiar. Nesse caso, além do efeito *backlash*, identificamos o ativismo judicial. A Corte decidiu ignorando o texto expresso do artigo 226, § 3º, da Constituição, e do artigo 1.723 do Código Civil quanto à necessidade da existência de homem e mulher para configurar a união estável, equiparando a união homoafetiva à heterossexual. A crítica que se faz é para decisão ativista, a qual poderia ter sido evitada por meio de uma decisão minimalista do Tribunal, reconhecendo a legitimidade das uniões entre pessoas do mesmo sexo – concedendo direitos civis e previdenciários, inclusive – mas apelando ao legislador para que, por meio de emenda constitucional, alterasse a redação do § 3º do artigo 226 da Constituição Federal. Com isso, entendemos que o efeito *backlash* poderia ter sido minimizado, haja vista que ampliaria o diálogo e possibilitaria amadurecer a matéria sensível em discussão. De qualquer modo, a decisão influenciou debates robustos que reforçaram a necessidade de defesa dos direitos dos homossexuais no que tange ao reconhecimento da união estável como entidade familiar, resultando, inclusive, na Resolução n. 175 do CNJ.

A partir da análise destes casos, assim como do caso estadunidense *Roe v. Wade* e da criminalização da homofobia no Brasil, concluímos pela necessidade de uma atuação mais efetiva dos Poderes, cada qual observando suas competências, e não apenas interesses políticos ou convicções religiosas e ideológicas, restando clara nossa preocupação com as decisões ativistas e com a ausência dos diálogos institucionais.

Diante disso, ainda que os defensores do ativismo o façam sob o argumento de efetivar direitos de uma forma menos burocrática, mais rápida e concreta, com a certeza de que estão conferindo às minorias estigmatizadas direitos a eles garantidos, não defendemos ser esta a maneira correta para a entrega das garantias constitucionais.

O ativismo judicial não garante o Estado Democrático de Direito, mas abre margem para a discricionariedade do julgador e o emprego de interesses particulares e políticos, em uma atuação do Poder Judiciário totalmente revestida de ilegalidade e de inconstitucionalidade.

Ademais, identificamos que a separação dos Poderes está intimamente ligada à existência de limitação do poder político e, por consequência, vinculada à limitação dos excessos por parte do Poder Público, delimitando competências e colocando freios em cada um deles. Não podemos admitir que o Poder Judiciário invada a esfera de outros Poderes e profira decisões proativas influenciado por qualquer subjetivismo que resulte em decisão diversa dos ditames constitucionais.

Por outro lado, ressaltamos que decisões ligadas ao controle de constitucionalidade das leis, por si só, não caracterizam o ativismo judicial, assim como a decisão contramajoritária

para concretizar direitos fundamentais do cidadão também não o é. Importante aqui compreendermos que compete ao Poder Judiciário interpretar a norma, mas que, para tanto, deve este ter por base a Constituição Federal e não interesses e convicções fundadas em vieses ideológicos, políticos ou religiosos.

O estudo das teorias de Bickel e Sunstein, assim como do constitucionalismo democrático de Post e Siegel, nos possibilitou entender que a atuação minimalista ou maximalista dos magistrados não deve estar pautada em questões ideológicas, mas definida por fatores fáticos presentes na discussão, ou seja, devemos analisar as categorias sociais afetadas pela lei em discussão em controle de constitucionalidade, o grau de divergência e a abrangência das matérias postas em pauta, assim como o grau de realização dos diálogos institucionais entre os grupos especializados e os Poderes.

Assim, se estivermos diante de um mecanismo legislativo que funcione de modo a atender às necessidades da sociedade incluindo os grupos vulneráveis em suas deliberações, não há razão para maior intervenção do Poder Judiciário, que poderá proferir decisões minimalistas, encampando as chamadas “virtudes passivas”. Mas, se estivermos diante de um processo legislativo deficiente, as Cortes devem atuar de forma maximalista e, assim, suprir a falha daquele que deveria atuar, mas não o faz.

De todo modo, decisões ativistas, dotadas de subjetivismo, parcialidade e interesses políticos não são bem-vindas. O que defendemos é a realização dos diálogos institucionais, de modo a tornar madura a matéria trazida ao Poder Judiciário, por meio do debate democrático firmado entre os Poderes e os movimentos sociais.

É necessário, portanto, a existência de diálogo entre as instituições visando minimizar o efeito *backlash* assim como a existência de decisões ativistas, atendendo aos ditames constitucionais, com a inclusão das minorias estigmatizadas, para que efetivamente os direitos constitucionais se concretizem para todos.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Banalização do *impeachment* de ministros do STF: *backlash* à brasileira. **Consultor Jurídico**. 2021. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2021-abr-01/abboud-banalizacao-impeachment-ministros-stf?imprimir=1#\\_ftnref4](https://www.conjur.com.br/2021-abr-01/abboud-banalizacao-impeachment-ministros-stf?imprimir=1#_ftnref4). Acesso em: 5 abr 2021.

ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. **Revista dos Tribunais**, v. 108, n.1008, p. 43-54, out. 2019.

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *Ebook*.

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O Supremo Tribunal Federal e a nova separação de Poderes**: entre a interpretação da Constituição e as modificações na engenharia constitucional. 2014a. Disponível em: [https://www.academia.edu/20021917/O\\_SUPREMO\\_TRIBUNAL\\_FEDERAL\\_E\\_A\\_NOVA\\_SEPARA%C3%87%C3%83O\\_DE\\_P%C3%83OERES\\_ENTRE\\_A\\_INT%C3%87RPRETA%C3%87%C3%83O\\_DA\\_CONSTITUI%C3%87%C3%83O\\_E\\_AS\\_MODIFICA%C3%87%C3%95ES\\_NA\\_ENGENHARIA\\_CONSTITUCIONAL](https://www.academia.edu/20021917/O_SUPREMO_TRIBUNAL_FEDERAL_E_A_NOVA_SEPARA%C3%87%C3%83O_DE_P%C3%83OERES_ENTRE_A_INT%C3%87RPRETA%C3%87%C3%83O_DA_CONSTITUI%C3%87%C3%83O_E_AS_MODIFICA%C3%87%C3%95ES_NA_ENGENHARIA_CONSTITUCIONAL). Acesso em: 10 abr. 2020.

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael, Tomaz de. A gênese do controle difuso de constitucionalidade: cidadania e democracia na conformação das atribuições do Judiciário no marco de um Estado de Direito. **Revista de Processo**. v. 229, p. 433, mar. 2014. Disponível em: [https://www.academia.edu/20042107/A\\_G%C3%80NESE\\_DO\\_CONTROLE\\_DIFUSO\\_DE\\_CONSTITUCIONALIDADE\\_Cidadania\\_e\\_democracia\\_na\\_conforma%C3%A7%C3%A3o\\_das\\_atribui%C3%A7%C3%B5es\\_do\\_judici%C3%A1rio\\_no\\_marco\\_de\\_um\\_Estado\\_de\\_Direito?email\\_work\\_card=title](https://www.academia.edu/20042107/A_G%C3%80NESE_DO_CONTROLE_DIFUSO_DE_CONSTITUCIONALIDADE_Cidadania_e_democracia_na_conforma%C3%A7%C3%A3o_das_atribui%C3%A7%C3%B5es_do_judici%C3%A1rio_no_marco_de_um_Estado_de_Direito?email_work_card=title). Acesso em: 20 ago. 2020.

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Tradução: Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ALKIMIN, Maria Aparecida; DUTRA, Lincoln Zub. O ativismo judicial como instrumento de transformação do Estado Democrático de Direito. **Revista Direito & Paz**. São Paulo, 2016, v. 1, n. 34. Disponível em: <http://www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/357>. Acesso em: 27 jul. 2019.

ANDRADE, Fernando Gomes. Considerações iniciais acerca do controle judicial concernente à concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais contidos na CF/88 – uma análise crítica da atuação do STJ e STF. *In: SCAFF, Fernando Facury (coord.). Constitucionalismo, tributação e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva; FIGUEIREDO, Raquel El-Bacha. A criminalização da homofobia pelo Supremo Tribunal Federal e os possíveis limites na formação dos precedentes penais. **Revista Thesis Juris – RTJ**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 53-72, jan.-jun. 2020. Disponível em: <http://doi.org/10.5585/rtj.v9i1.16546>. Acesso em: 18 out. 2020.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *In: ASENSI, Felipe Dutra;*

PAULA, Daniel Giotti de. **Tratado de direito constitucional**: Constituição no século XXI. v. 2. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/24322>. Acesso em: 29 jul. 2020.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito** – teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

BARBOSA, Daniela. Quase metade dos brasileiros é contra casamento gay. **Exame**, 11 maio 2015. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/brasil/quase-50-dos-brasileiros-sao-contra-casamentos-gays/>. Acesso em: 15 out. 2020.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. São Paulo. **Revista Direito GV**, p. 059-086, jan-jun. 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23970/22728>. Acesso em: 11 jul. 2019.

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

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito (UERJ)**, v. 12, n. 21, jan.-jun. 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>. Acesso em: 6 ago. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009a.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. São Paulo, jan.-fev. 2009. Disponível em: [https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf). Acesso em: 20 fev. 2019.

BASTOS, Aurélio Wander. **Conflitos sociais e limites do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue, v. 71. **Brook. L. Rev.**, 2005. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>. Acesso em: 2 jun. 2019.

BATEUP, Christine. **Expanding the conversation**: American and Canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective. New York University Law School, Spring 2007.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. 2. ed. With a new foreword by Harry H. Wellington. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

BORILLO, Daniel. **Homofobia**: história e crítica de um preconceito. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Brasília. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/>. Acesso em: 12 ago. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 6.583/2013**. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. 16 out. 2013a. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.227. Requerente: Procuradoria Geral da República. Rel. Min. Ayres Britto. **Diário da Justiça Eletrônico**, 14 out. 2011a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.277. Requerente: Procuradoria Geral da República. Rel. Min. Ayres Britto. **Diário da Justiça Eletrônico**, 5 maio 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 5971. Requerente: Partido dos Trabalhadores. Rel. Min. Alexandre de Moraes. **Diário da Justiça Eletrônico**, 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5500715>. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 132. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Rel. Min. Ayres Britto. **Diário da Justiça Eletrônico**, 14 out. 2011b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. **Diário da Justiça**, 15 maio 2013b. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o\\_n\\_175.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf). Acesso em: 06 mar. 2021.

BRESCIANI, Eduardo. Em ato contra gays, Silas Malafaia diz que união homoafetiva é crime. **O Estado de S. Paulo**, 5 jun. 2013. Política. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,em-ato-contra-gays-silas-malafaia-diz-que-uniao-homoafetiva-e-crime,1039203>. Acesso em: 15 out. 2020.

BUNCHAFT, Maria Eugenia; VINCIGUERRA, Tania Regina Dalmoro. O caso Obergefell v. Hodges e a Suprema Corte norte-americana: uma análise sobre o Backlash à luz do debate entre Post, Siegel e Sunstein. **Revista Eletrônica Direito & Política**. 2017. v. 12, n. 2. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/11018>. Acesso em: 10 maio 2019.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Ativismo judicial e grupos estigmatizados**: filosofia do reconhecimento. Curitiba: Juruá, 2014.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático *versus* minimalismo judicial. **Direito, Estado e Sociedade**. Revista do Programa de Pós-graduação da PUC Rio, Rio de Janeiro, n. 38, p. 154-180, jan.-jun., 2011. Disponível em: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/189/171>. Acesso em: 10 jun. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. v. I. Tradução e notas do Prof. Dr. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

CARDOSO, Rodrigo Mendes. As teorias do constitucionalismo popular e do diálogo na perspectiva da jurisdição constitucional brasileira. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 6, n. 2, 2014. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2014.62.10>. Acesso em: 29 jul. 2020.

CARMONA, Geórgia Lage Pereira. **A propósito do ativismo judicial: superPoder Judiciário?** Artigo publicado em maio de 2012. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11605](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11605). Acesso em: 24 fev. 2019

CASAMENTO gay divide brasileiros. **IBOPE inteligência**. Disponível em: <https://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/casamento-gay-divide-brasileiros/>. Acesso em: 20 out. 2020

CHUEIRI, Vera Karam de; MACEDO, José Arthur Castillo de. Teorias constitucionais progressistas, *backlash* e vaquejada. **Sequência (Florianópolis)**, Florianópolis, n. 80, p. 123-150, dez. 2018. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2177-70552018000300123&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552018000300123&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 7 ago. 2020.

CHUEIRI, Vera Karam de. Is there such thing as a radical constitution? *In*: BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES, Bernardo G. (ed.) **Democratizing constitutional law: perspective on legal theory and the legitimacy of constitutionalism**. Switzerland: Springer, 2016, p. 233-245. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/301529095\\_Is\\_There\\_Such\\_Thing\\_as\\_a\\_Radical\\_Constitution](https://www.researchgate.net/publication/301529095_Is_There_Such_Thing_as_a_Radical_Constitution). Acesso em: 10 ago. 2020.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. *In*: VIANNA, Luiz Werneck (org.) **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 183-206, set.-dez.2015. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2359-56392015000300183&script=sci\\_arttext](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2359-56392015000300183&script=sci_arttext). Acesso em: 20 ago. 2020.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História do *judicial review*: o mito de Marbury. **RIL**, Brasília, ano 53, n. 209, jan.-mar. 2016, p. 115-132. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/520000/001063213.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 ago. 2020.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**. A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIAS, Marina Cardoso. União homoafetiva, *backlash* e o Acordo de Paz com as FARC. **Dom Helder Revista de Direito**, v. 1, n. 1, set.-dez. 2018. Disponível em: [www.revista.domhelder.edu.br](http://www.revista.domhelder.edu.br). Acesso em: 12 out. 2020.

FIGUEIRA, Hector Luiz Martins; MENDONÇA, Gustavo Proença da Silva. O caso *Brown versus Board of education* e a segregação racial nas escolas norte-americanas em paralelo com o racismo brasileiro. **Direito em Movimento**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 1, p. 159-174, 1º sem. 2020. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento\\_online/edicoes/volume18\\_numero1/volume18\\_numero1\\_159.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume18_numero1/volume18_numero1_159.pdf). Acesso em: 26 out. 2020.

FONSECA, Lorena; COUTO, Felipe Fróes. Judicialização da política e ativismo judicial: uma diferenciação necessária. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 13, n. 2, 2º quadrimestre de 2018. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica). Acesso em: 06 mar. 2021.

FONTELES, Samuel Sales. **Direito e *backlash***. Salvador: JusPodivm, 2019.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. **Michigan Law Review**. Ann Arbor, MI: The University of Michigan Law School, v. 91, n. 4, 1993. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2398&context=mlr>. Acesso em: 8 dez. 2020.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**. Justiça e democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARGARELLA, Roberto. El nacimiento del “constitucionalismo popular”. **Revista de Libros**. (Derecho, 112), 2006. Disponível em: <http://www.revistadelibros.com/articulos/el-nacimiento-del-constitucionalismo-popular>. Acesso em: 8 set. 2020.

GOMES, Luiz Flávio. STF – ativismo sem precedentes? **O Estado de S. Paulo**, 2009, espaço aberto, p. A-2. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/339868/noticia.htm?sequence=1>. Acesso em: 23 fev. 2019.

GRANJA, Cícero Alexandre. O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais. **Revista Eletrônica Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 2014, ano 3, n. 5, p. 3.463-3.490. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14052](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14052). Acesso em: 20 fev. 2019.

GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva. Backlash to the future? From Roe to Perry. **UCLA Law Review**, Los Angeles, v. 60, p. 240-246, 2013. Disponível em: <http://www.uclalawreview.org/pdf/discourse/60-17.pdf>. Acesso em: 28 set. 2020.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Fábio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens – uma breve história da humanidade**. Tradução de Janaína Marcoantonio. 48. ed. Porto Alegre, RS: L&PM, 2019.

KLARMAN, Michael. **Brown v. Board of education and the civil rights movement**. Oxford: University Press, 2007.

KLARMAN, Michael. How Brown changed race relations: the backlash thesis. **The Journal of American History**, v. 81, n. 1, p. 81-118, jun. 1994.

KLARMAN, Michael. Courts, social change and political backlash. Georgetown Law Center, March 31, 2011 – **Speaker's Notes**, p. 2. Disponível em: <http://scholarship.law.georgetown.edu/hartlecture/2/>. Acesso em: 24 out. 2020.

KOZICKI, Katya; ARAÚJO, Eduardo Borges. Um contraponto fraco a um modelo forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. **Sequência** Florianópolis, n. 71, p. 107-132, jul.-dez. 2015. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2177-70552015000200107&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552015000200107&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 5 ago. 2020.

KOZICKI, Katya. *Backlash: as “reações contrárias” à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 153*. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de *et al.* (org.). **O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina**. Brasília: UnB, 2015, v. 7. p. 192-194. Disponível em: [http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/15-12-15-direito-achado-na-rua-vol-7\\_web-versao-10mb-1.pdf](http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/15-12-15-direito-achado-na-rua-vol-7_web-versao-10mb-1.pdf). Acesso em: 15 out. 2020.

KRAMER, Larry D. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**. New York: Oxford University Press, 2004.

KRAMER, Larry D. **Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad**. Madrid: Marcial Pons, 2006.

KRIEGER, Linda Hamilton. Socio-Legal Backlash. **Boalt Working Papers in Public Law**. 2001, p. 1-76. Disponível em: <http://scholarship.org/uc/item/6xm7dlt2>. Acesso em: 28 set. 2020.

LIMA, George Marmelstein. **Efeito *backlash* da jurisdição constitucional**: reações políticas à atuação judicial [online]. 2015. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>. Acesso em: 16 out. 2020.

MANDARINO, Renan Posella; FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. Ativismo judicial e judicialização da política da relação de consumo: uma análise do controle jurisdicional dos contratos de planos de saúde privado no estado de São Paulo. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, p. 347-360, n. especial, 2015.

MARINHO, Rodrigo Fonseca; MARTINS, Julia Parreiras. Os poderes Judiciário e Legislativo no caso da vaquejada: “efeito *backlash*”. Minas Gerais. **Athenas**: Revista de Direito, Política e Filosofia da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete, ano VII, v. I, 2018. Disponível em: [http://www.fdcl.com.br/revista/site/download/fdcl\\_athenas\\_ano7\\_vol1\\_2018\\_artigo01.pdf](http://www.fdcl.com.br/revista/site/download/fdcl_athenas_ano7_vol1_2018_artigo01.pdf). Acesso em: 17 abr. 2019.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O ativismo judiciário e a separação de Poderes. **Revista dos Tribunais**, v. 1000, p. 227-236, fev. 2019.

MATTES, Anita. Análise do reconhecimento legal da vaquejada como patrimônio cultural imaterial brasileiro. **Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 13, n. 29, p. 105-124, jan.-abr. 2018. Disponível em: <http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/2589/0>. Acesso em: 7 jun. 2019.

MATTEUCCI, Nicola. **Breve storia del costituzionalismo**. Itália: Morcelliana, 2010.

MAZOTTI, Marcelo. **Jurisdição constitucional e ativismo judiciário**: análise comparativa entre a atuação do Supremo Tribunal Federal Brasileiro e a Suprema Corte estadunidense. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: doi:10.11606/D.2.2012.tde-05122012-162249. Acesso em: 20 jun. 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Celso Mello defende ativismo judicial do Supremo e pesquisas científicas**, Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=87586>. Acesso em: 20 fev. 2019.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado) – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo: Saraiva, 2008.

MICHELS, Eduardo. **Relatório anual de mortes LGBT**. 2018. Disponível em <https://grupogaydabahia.com.br/relatorios-anuais-de-morte-de-lgbti/>. Acesso em: 20 out. 2020.

MONTESQUIEU, Barão de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. “Judicialização da política”: déficits explicativos e bloqueios normativistas. **Novos estud. CEBRAP**, São Paulo, n. 91, p. 05-20, nov. 2011. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002011000300001&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002011000300001&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 10 jul. 2019.

OLIVEIRA, José Carlos. Comissão especial aprova proposta que garante a constitucionalidade das vantagens. **Câmara dos Deputados: direito e justiça**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/512562-comissao-especial-aprova-proposta-que-garante-a-constitucionalidade-das-vaquejadas/>. Acesso em: 07 out. 2020.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle. **Controle de constitucionalidade é jurídico, não político**. 30 de abril de 2013, p. 62. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/sistema-controle-constitucionalidade-judicial-nao-politico>. Acesso em: 4 ago. 2019.

PARIZI, Kelly Aparecida. Ativismo judicial na Justiça do Trabalho. **Revista de Artigos do 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito**, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 833-848, jan. 2017. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/1simposioconst/article/view/1209>. Acesso em: 24 fev. 2019.

PIMENTEL, Mariana Barsaglia. *Backlash* às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. **Revista de Informação Legislativa (RIL)**, v. 54, n. 214, p. 189-202, abr.- jun. 2017. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril\\_v54\\_n214\\_p189](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189). Acesso em: 12 out. 2020.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, n. 2, p. 373-433, summer, 2007. Disponível em: [https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel\\_RoeRageDemocraticConstitutionalismAndBacklash.pdf](https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel_RoeRageDemocraticConstitutionalismAndBacklash.pdf). Acesso em: 24 mar. 2019.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REHNQUIST, William H. **The Supreme Court: revised and updated**. New York: Vintage Books, 2002.

REIS, Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos. **O ativismo judicial no Brasil: o caso da verticalização**. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo (USP), Faculdade de Direito, São Paulo, 2014.

ROGERS, Sarah. Could Kentucky become the first state without an abortion clinic? **The Daily Beast**. 11 set. 2018. Disponível em: <https://www.thedailybeast.com/could-kentucky-become-the-first-state-without-an-abortion-clinic>. Acesso: 01 nov. 2020.

SANCHES, Danielle; CONTARATO, Andressa; AZEVEDO, Ana Luísa. **São Paulo e Rio de Janeiro receberam o maior número de denúncias relacionadas à população LGBT em 2018**. FGV DAPP. 2018. Disponível em: <http://dapp.fgv.br/dados-publicos-sobre-violencia-homofobica-no-brasil-29-anos-de-combate-ao-preconceito/>. Acesso em: 20 out. 2020.

SANTOS, Márcia Walquiria Batista. **Separação de Poderes**: Evolução até a Constituição de 1988 – Considerações n. 115, p. 209-218. Brasília, 1992. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175893/00045722\\_0.pdf?sequence=1](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175893/00045722_0.pdf?sequence=1). Acesso em: 10 jun. 2020.

SANTOS, Maira Bianca Scavuzzi de Albuquerque dos. **O déficit democrático das decisões fundadas no critério de justiça**: a justiça como subterfúgio performático para o ativismo. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2017.

SANTOS, Yago da Costa Nunes dos; DIAS, Isabela Santos; BARREIROS NETO, Jaime. Decisões progressistas e *backlash*: reações conservadoras ao reconhecimento judicial do direito de união entre pessoas do mesmo sexo no Brasil e na Colômbia. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**. Natal, v. 13, n. 1, jan.-jul. 2020. Disponível em: [www.periodicos.ufrn.br](http://www.periodicos.ufrn.br). Acesso em: 12 out. 2020.

SARMENTO, Daniel Souza (org.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARMENTO, Daniel Souza; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, v. 6, n. 02, 2013. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11773>. Acesso em: 23 nov. 2020.

SANTOS, Maira Bianca Scavuzzi de Albuquerque dos. **O déficit democrático das decisões fundadas no critério de justiça**: a justiça como subterfúgio performático para o ativismo. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2017.

SENADOR cria projeto para cancelar decisão do STF sobre criminalizar a homofobia. **IG último segundo**. 2019. Disponível em: <https://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2019-06-18/senador-cria-projeto-para-cancelar-decisao-do-stf-sobre-criminalizar-a-homofobia.html>. Acesso em: 22 out. 2020.

SIEGEL, Reva B. **Community in conflict**: same-sex marriage and *backlash*. Yale Law School. Disponível em: [https://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/5350/](https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/5350/). 2017. Acesso em: 16 fev. 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 250, p. 197-227, 2009.

SILVEIRA, Artur Barbosa da. A utilização do diálogo institucional como fator limitador ao ativismo judicial. **Thomson Reuters Brasil**, v. 115. set-out. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SMOTHERS, Ronald. Death of a doctor: the overview – abortion doctor and bodyguard slain in Florida; protester is arrested in Pensacola's 2d clinic killing. **The New York Times**, 30 jul. 1994. Disponível em: <https://www.nytimes.com/1994/07/30/us/death-doctor-overview-abortion-doctor-bodyguard-slain-in-florida-protester.html>. Acesso em: 1 nov. 2020.

SOMIN, Ilya. The limits of backlash: assessing the political response to Kelo. **George Mason University School of Law Minnesota Law Review**, v. 93, n. 6, June 2009.

SOUZA JUNIOR, Arthur Bezerra de; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo, 2019. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6f4b7fd3eea0af87>. Acesso em: 20 fev. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. A interpretação da Constituição no Brasil: breve balanço crítico. **Revista Paradigma**, n. 21, 2014. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/210>. Acesso em: 20 out. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Judicialização constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é ativismo**. Brasília, DF, 10 jan. 2016. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-ativismo>, p. 1. Acesso em: 26 set. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Ativismo judicial não é bom para a democracia. [Entrevista concedida a Aline Pinheiro]. **Consultor Jurídico**. 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>. Acesso em: 30 nov 2020.

STUMPE, Joe; DAVEY, Mônica. Abortion doctor shot to death in Kansas church. 31 de maio de 2009. **The New York Times**. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2009/06/01/us/01tiller.html>. Acesso em: 30 out. 2020.

SUNSTEIN, Cass R. **A constitution of many minds**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court. Harvard University Press, 2001.

SUNSTEIN, Cass R. Backlash's travels. **University of Chicago Public Law & Legal Theory**. Working Paper n. 157, 2007.

SUNSTEIN, Cass R. Decisões políticas teorizadas de modo incompleto no direito constitucional. Tradução de Letícia Borges Thomas. Revisão: André Pedreira Ibañez. In: TEIXEIRA, A. V.; OLIVEIRA, Elton S. de. **Correntes contemporâneas do pensamento jurídico**. Barueri: Manole, 2010.

SULTANY, Nimer. The state of progressive constitutional theory: the paradox of constitutional democracy and the project of political justification. **Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review**, n. 47, p. 371-455. 2012. Disponível em: <https://harvardcrcl.org/wp-content/uploads/sites/10/2009/06/Sultany.pdf>. Acesso em: 8 set. 2020.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

THOMAS, John Henry; FRASER, John Farquhar (org.). **The reports of Sir Edward Coke in thirteen parties**. London: Joseph Butterworth and Son, n. 107a-121a, v. IV, 1826.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; TASSINARI, Clarissa. Ativismo judicial e judicialização da política: notas para uma necessária diferenciação. In: GAIA JÚNIOR, Antônio Pereira; SANTOS, Márcio Gil Tostes dos (org.) **Constituição Brasileira de 1988 – reflexões em comemoração ao seu 25º aniversário**. Curitiba: Juruá, 2014.

TOMAZ, Rodrigo Guilherme; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. Ativismo judicial e judicialização da vida: uma breve análise da realidade brasileira. **Revista Reflexão e Crítica do Direito**, ano III, n. 3, p. 75-82, jan.-dez. 2015. Disponível em: <http://revistas.unaerp.br/rcd/article/view/877/pdf>. Acesso em: 10 jul. 2019.

TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O ativismo judicial na *Débâcle* do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v.11, n. 2, p. 751-773, 2016. Disponível em: [https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/22912#.WE6c\\_FMrLIV](https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/22912#.WE6c_FMrLIV). Acesso em: 12 jan. 2019.

TUSHNET, Mark. Popular constitutionalism as political law. **Chicago-Kent Law Review**, v. 81, 2006.

VALLE, Vanice Regina Lírio do; SILVA, Cecília de Almeida. Abertura dialógica no controle abstrato de constitucionalidade: um olhar ainda preceitual. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 42, p. 105-129, out.-dez. 2010. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/318>. Acesso em: 29 jul. 2020.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Backlash* à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática. **Revista Academia**, 2013. Disponível em: [https://www.academia.edu/5159210/Backlash\\_%C3%A0\\_decis%C3%A3o\\_do\\_Supremo\\_Tribunal\\_Federal\\_pela\\_naturaliza%C3%A7%C3%A3o\\_do\\_dissenso\\_como\\_possibilidade\\_democr%C3%A1tica?email\\_work\\_card=view-paper](https://www.academia.edu/5159210/Backlash_%C3%A0_decis%C3%A3o_do_Supremo_Tribunal_Federal_pela_naturaliza%C3%A7%C3%A3o_do_dissenso_como_possibilidade_democr%C3%A1tica?email_work_card=view-paper). Acesso em: 20 ago. 2020.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Soc.**, São Paulo, v. 19, n. 2, nov. 2007. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 13 jul 2019.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade**: debate entre o STF e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 2015. *Ebook*.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal**: jurisprudência política. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

WALDRON, Jeremy. **Political political theory**: essay on institutions. Harvard University Press, Cambridge, 2016.

ZAGURSKI, Adriana Timoteo dos Santos. *Backlash*: uma reflexão sobre deliberação judicial em casos polêmicos. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 16, n. 03, p. 87-108, jul.-set. 2017.

Disponível em:

[https://www.researchgate.net/publication/324709581\\_BACKLASH\\_UMA\\_REFLEXAO\\_SO\\_BRE\\_DELIBERACAO\\_JUDICIAL\\_EM\\_CASOS\\_POLEMICOS](https://www.researchgate.net/publication/324709581_BACKLASH_UMA_REFLEXAO_SO_BRE_DELIBERACAO_JUDICIAL_EM_CASOS_POLEMICOS). Acesso em: 12 out. 2020.

### **Referências normativas**

**(Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT)**

ABNT NBR 6023: 2018 – Informação e documentação – Referências – elaboração

ABNT NBR 6022:2018 – Informação e documentação – Artigo em publicação periódica técnica e/ou científica – Apresentação

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724: 2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2003 – Informação e documentação – Resumo – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação