

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p89-108

**INAFSTABILIDADE JURISDICIONAL E ATUAÇÃO
CONTRAMAJORITÁRIA: CONCILIANDO AS REAÇÕES
SOCIAIS E A NECESSÁRIA AUTONOMIA DO DIREITO**

**JURISDICTIONAL INESCAPABILITY AND CONTERMJORITY
ACTION: RECONCILING SOCIAL REACTIONS AND THE
NECESSARY AUTONOMY OF LAW**

RVD

Recebido em

14.10.2021

Aprovado em.

22.01.2022

Renato Correia de Albuquerque Filho¹

RESUMO:

O texto explora o fundamento da autonomia do direito como pilar básico para a construção de uma democracia respeitadora dos limites constitucionais. Tendo como referência a atuação contramajoritária da Jurisdição, parte-se da análise da doutrina nacional e internacional, além do destaque de casos levados à Suprema Corte brasileira e americana, com o objetivo de realizar uma síntese das bases fundamentais do Estado de Direito. Destarte, dedica atenção em alcançar uma construção decisional fundamentada e participativa para conferir maior grau de legitimidade às cortes no tratamento de matérias controvertidas, de forma a realçar que o Poder Judiciário não está imune ao debate institucional, característica que antes revigora a separação de poderes.

Palavras-chave: autonomia do direito; atuação contramajoritária; Jurisdição; Estado de Direito; legitimidade;

ABSTRACT:

The text explores the foundation of the autonomy of law as a basic pillar for the construction of a democracy that respects constitutional limits. Taking as a reference the countermajority action of the Jurisdiction, it starts from the analysis of national and international doctrine, in addition to highlighting cases taken to the Brazilian and American Supreme Courts, with the aim of making a synthesis of the fundamental bases of the Rule of Law. Thus, it pays attention to achieving a well-founded and participatory decision-making process in order to give a greater degree of legitimacy to the courts in dealing with controversial matters, in order to emphasize that the Judiciary is not immune to institutional debate, a characteristic that reinvigorates the separation of powers.

¹Graduando em Direito na Faculdade de Direito de Alagoas (UFAL). E-MAIL renato.filho@fda.ufal.br ORCID <https://orcid.org/0000-0002-1619-1847> Endereço de contato. Rua Professor Lourenço Peixoto. 57035-640. Edf. Themis; Apto. 402. Maceió, Alagoas

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p89-108

KEYWORD: autonomy of law; counter-majority action; Jurisdiction; Rule of law; legitimacy;

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo parte da consolidação da autonomia do direito como pressuposto fundamental para a construção de um modelo democrático de poder que respeite as balizas constitucionais, voltando-se à análise de atuação da Jurisdição Constitucional, a quem cumpre preservar a autonomia do direito em face da força majoritária da política ordinária. O desenvolvimento do Estado de Direito foi marcado por um intenso processo de reaprendizado, considerando a investidura de forças políticas autoritárias durante todo o século XX. As ditaduras que assombraram toda a Europa e a América Latina servem de exemplo. Entretanto, ao fim, ainda que as problemáticas não tenham sumido na totalidade, a democracia consagrou-se como vencedora do conflito contra a barbárie e o autoritarismo.

Sob essa perspectiva, considerando que a inafastabilidade da jurisdição lhe alça a um papel crucial na manutenção da força do direito, diversas matérias chegam a sua apreciação. Em contrapartida, os outros poderes naturalmente cedem diante de temas sensíveis e delicados, especialmente porque são poderes genuinamente políticos, sujeitos à representatividade e à vinculação direta do povo. Diante disso, na eventual condução de temas de relevância e absoluta controvérsia na sociedade, as Cortes naturalmente sofrerão pressões externas ao direito, o chamado fenômeno do *backlash*, fruto de anseios e emotivismos populares.

Nessa esfera de atuação judicial envolvendo temas sensíveis no bojo da sociedade, as reações sociais baseiam-se no pressuposto de que a eventual ação contramajoritária das Cortes é uma ação contrária à democracia, por ter origem em um órgão cuja composição, com algumas exceções, não é formada pelas vias de escolha tradicionais. Entretanto, a própria concepção do Estado de Direito pressupõe a necessária submissão da suposta soberania popular irrestrita em face do constitucionalismo. À Jurisdição, portanto, cumpre atuar em conformidade com os ditames constitucionais para reafirmar que o aparato democrático não necessariamente corresponde às vontades majoritárias.

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p89-108

Ocorre que, neste ínterim, urge a necessidade de mudança na postura decisional das Cortes, a partir de uma atuação que busque atribuir ainda mais contornos de legitimidade para o exercício jurisdicional. O objetivo do trabalho é, portanto, examinar e propor, através da contemplação de argumentos doutrinários e jurisprudenciais de sede internacional e nacional, um comportamento do Poder Judiciário que vise, em certa medida, os reflexos das decisões na sociedade. Para tal, além da já dita vinculação aos ditames constitucionais, impõe-se a necessidade de uma via democrática que abarque um diálogo constante entre o Poder Judiciário e o Legislativo, a fim de que, quando aceso o debate na sede dos tribunais, os legisladores sejam naturalmente acionados para a visualização de possíveis dissensos que compõem a atitude democrática. Além disso, deve-se buscar na participação popular, na representação de grupos específicos interessados no debate, a fundamentação exaustiva do quanto debatido, proporcionando uma contemplação integral das divergências argumentativas que subsistem no seio da sociedade.

2. INFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O Estado de Direito, o chamado *Rechtsstaat* na doutrina alemã, é, sem dúvidas, o maior legado da democracia de Weimar no constitucionalismo moderno. Georges Abboud, referindo-se a essa ruptura com o passado autoritário (ABBOUD, 2021, p. 52), caracteriza-o como o percussor da domesticação do Poder pela legislação, que tem como resultado imediato à autonomia do direito. Em outras palavras, o direito adquire a capacidade de limitar a influências externas (políticos, econômicos, entre outros) e internas (subjetivismos, axiologismos, pragmatismos) na esfera jurídica, dando ensejo para que o fenômeno jurídico tenha sua capacidade organizadora de forma que, além da preservação do grau fundamental de autonomia, conserve-se um direito de prestação aos jurisdicionados livre de amarras de várias espécies (STRECK, 2010, p. 103).

Dessa forma, o *Rechtsstaat* proporciona, de um lado, a estabilidade, por sua capacidade de organização do sistema jurídico; por outro, convive com o dinamismo da

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p89-108

política (ABBOUD, 2021, p. 115), esfera esta controlada pelos procedimentos previstos na própria constituição. Aqui, faz-se necessário a intromissão de que a manutenção da República democrática necessita da Constituição como regra de fundo (KELSEN, 2003, p. 142), além de, obviamente, uma divisão de poderes que garanta essa subordinação da política ao direito, pois essa ideia da repartição faz com que os órgãos dialoguem entre si para o efetivo controle recíproco, o que inibe a sobreposição de um sobre o outro, que configuraria uma atitude nociva, ou até mesmo destrutiva, da regularidade dos órgãos democráticos (KELSEN, 2003, p. 152).

Com o surgimento do fenômeno da constitucionalização no pós-segunda guerra, revitalizou-se o conceito de Estado de Direito, adequando-o à maior influência constitucional e democrática nas instituições da práxis jurídica. O direito, nessa quadra da história, teve que evoluir seus institutos e órgãos para se proteger dos atentados democráticos do século XX - fascismo, nazismo e ditaduras em todo o continente europeu e na América latina -, dando força à Jurisdição Constitucional como garantidora da autonomia do direito, que tem como objetivo obter êxito contra a maioria política que porventura quisesse apropriar do direito e em seguida usurpá-lo para fins autoritários, mesmo que representados nas figuras dos legisladores. Fica clara, portanto, a significância que deve ser conferida aos legados do antigo *Rechtsstaat* aliados ao avanço da democratização no mundo ocidental.

Novamente Kelsen, em seu clássico livro *Jurisdição Constitucional*, teoriza sobre a vinculação dos órgãos estatais às leis, de forma que a existência *per se* de uma democracia depende das instituições de controle regidas pela constituição - representada pelas instituições judiciárias responsáveis pela Jurisdição Constitucional. A democracia, de acordo com o jurista austríaco, se com a proposta de um compromisso constante com os grupos que compõem a sociedade, representados nos Parlamentos, deve prezar pela proteção e controle constitucional, pois, somente assim, logra “proteger a minoria contra os atropelos da maioria” (KELSEN, 2003, p. 181), ou seja:

Se, ao contrário dessas concepções, se continua a afirmar a incompatibilidade da Jurisdição Constitucional com a soberania do Legislador, é simplesmente para dissimular o desejo de Poder Político, que se exprime no órgão legislativo,

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p89-108

de não se deixar limitar pelas normas da Constituição, em patente contradição, pois, com o direito positivo. (KELSEN, 2003, p. 151)

No Brasil, o reflexo da nova etapa constitucional emergida após a segunda guerra mundial e que busca ter êxito na promoção do Estado Democrático de Direito, só adquire relevância no debate político na década de 80, período que marca a transição do regime ditatorial para o estado democrático de direito. A Constituição de 1988 marca essa nova era constitucional em solo brasileiro. Por seu momento e sentimento do poder constituinte, traz consigo a promessa de suprir as deficiências deixadas por 164 anos de constituições que não obtiveram seus respectivos catálogos de direitos e garantias postos em práticas, sentimento este instigado ainda mais pelo fato de ser uma pós-ditadura militar, repleta de demagogias e promessas políticas que culminaram no enfraquecimento institucional do direito e, como consequência óbvia, em um estado de exceção, com destaque na imposição do Ato Institucional nº 5 (BARROSO, 2008, p. 27).

Parte da doutrina constitucional entende que o art. 5, inciso XXXV, da CF, é uma vinculação normativa para a inafastabilidade da Jurisdição na análise dos atos políticos, assim como ampla capacidade do Judiciário, em medida contingencial, intervir na esfera dos outros poderes (SENA, 2012, p. 139). Sobre esse respectivo ponto, como explica Lenio Streck, o direito democrático como ponto central nas esferas políticas é medida que se impõe, pois define as condições mínimas para o devido funcionamento desse amplo sistema (STRECK, 2016, p. 723). O direito, nesse ponto, torna-se o pano de fundo de tudo que ocorre em matéria do Estado e em parcela significativa do privado, agindo a partir de instrumentos institucionais.

Os instrumentos acima referidos ficam por parte da atuação de juízes e tribunais que, juntos, exercem o encargo de pôr o direito acima das pretensões políticas e, dessa forma, atuam como responsáveis de revelar a subordinação a que estão submetidos os representantes em suas atividades, tendo em vista que não podem figurar como soberanos em seus exercícios legislativos (ROUSSEAU, 2016, p. 268). Barroso explicita, em momento oportuno, que o reconhecimento dessa força dada na Constituição de 1988 ao Judiciário provoca a fuga dos membros ordinários do Poder

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p89-108

Legislativo para que os tribunais executem a interpretação - e conseqüentemente a vinculação de todos os que são subordinados à Constituição - das normas com preceitos abstratos, com o objetivo de especificar o alcance delas às questões polêmicas e com “desacordo moral razoável na sociedade” (BARROSO, 2012, p. 6).

Em outras palavras, o Judiciário adquire, portanto, uma roupagem de protagonista nos debates políticos, a partir do momento em que os membros do Legislativo, fugindo de seus deveres de representantes do eleitorado, não cumprem as funções de discutir temas de relevância moral na sociedade para evitar, ao máximo, pôr a figura política em desgaste perante a sociedade em temas de grande divisão social (BARROSO, 2012, p. 6). Afinal, deixar as decisões em temas desse tipo para instituições não escolhidas pelo voto e, de certa forma, mais independente do espectro político, faz com que o legislativo se esquive estrategicamente das repercussões que podem ser originadas. A grande questão se situa quando é considerada a velha máxima de que o “Poder Judiciário teria o poder de errar por último”. Instaura-se, portanto, um debate a respeito de como enfrentar a atividade dos julgadores perante a crise política instaurada pela omissão do Poder Legislativo no cumprimento de seus deveres.

O debate jurídico, portanto, é pautado por dois fenômenos que dividem a atenção dos juristas: a diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política. Barroso esclarece que a judicialização é uma consequência natural da escolha do poder constituinte ao permitir, através de mecanismos, um acesso relativamente fácil e barato ao Poder Judiciário para buscar respostas às ações de efetivação de direitos e pretensões. Ativismo judicial, por sua vez, seria uma atitude do julgador que assume uma figura ativa na construção de uma decisão que vá além dos aparentes limites da constituição, nos casos em que envolvam direitos fundamentais. Para ele, nesses casos, a atitude seria bem-vinda, pois seria considerada uma ação corretiva por parte do Poder Judiciário na promoção da maior efetividade a tais direitos (BARROSO, 2012, p. 27).

Por outro lado, crítico veemente a esse tipo de postura do judiciário, Lenio Streck argumenta que o ativismo judicial é uma postura que põe em risco o debate

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p89-108

democrático. O jurista gaúcho considera que toda interpretação que vá além dos limites constitucionais põe em risco a prestação judicial adequada, direito fundamental que é, na medida em que a aplicação é pautada a partir de sentimentos e visões pessoais dos juízes e tribunais (STRECK, 2016). Essa atitude solipsista faria com que o julgador, partindo de fundamentações alheias a constituição, fizesse com que a decisão carecesse de legitimidade, tendo em vista as considerações já tratadas nesse artigo a respeito do Estado Democrático de Direito. No outro extremo do ativismo judicial, Streck vê na judicialização da política um estágio fundamental da Jurisdição, com função de observar o funcionamento e adequação das instituições dentro dos limites constitucionais (STRECK, 2016, p. 724). Entretanto, a judicialização pode culminar em um ativismo se não for “adequada à Constituição, concretizadora de direitos fundamentais e/ou procedimentos guarnecedores da regra democrática” (STRECK, 2016, p. 724).

Perante essa dicotomia no debate Jurídico, concordamos que o Judiciário assume essa figura mais centralizadora do debate político, o que “decorre, ao menos em parte, de uma ação governamental geralmente insatisfatória aliada a um extenso rol de instrumentos constitucionais possibilitadores do controle de tais ações” (ABBOUD, 2021, p. 161), além, obviamente, de uma complexidade que torna impossível ao Poder Legislativo acompanhar no tratamento das situações que surgem no cotidiano, cabendo ao Judiciário a responsabilidade de abarcar essa realidade. Causa disso é que com a força jurídico-normativa conferida à constituição pelo “novo” constitucionalismo pós-guerra, dotando-a de supremacia para irradiar seus preceitos para todo o ordenamento jurídico, a Jurisdição - como guardiã da constituição - passa a ter o dever último de tratar dessas matérias sensíveis (CANOTILHO, 1993, p. 360). Em outras palavras, a atividade do Poder Judiciário deve ser pautada pela supremacia normativa constitucional e, seguindo a lição de Gilmar Mendes, “as normas constitucionais são executáveis por si mesmas, até onde possam sê-lo” (MENDES; BLANCO, 2020, p. 69).

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p89-108

3. CONTRAMAJORITARISMO DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL: ENTRE A EVENTUAL NECESSIDADE E A REAÇÃO SOCIAL

Tudo que foi dito até o presente momento teve como objetivo elucidar sobre os avanços da autonomia do direito e, como um dos meios para esse objetivo, do desenvolvimento da Jurisdição Constitucional como protetora do universo das leis. Apesar do novo paradoxo emergente do constitucionalismo - que será discutido nessa seção -, a atividade jurisdicional, se executada da forma adequada e compatível com os ditames constitucionais, ao contrário do que possa achar a opinião pública após decisões que vão de encontro aos seus anseios, não age de forma antidemocrática. Pelo contrário, a atividade jurisdicional (repita-se: desde que compatível com os ditames constitucionais) atua de forma a garantir a proteger a democracia de elementos externos e tem legitimidade para tal, pois a sociedade poderá contemplar os fundamentos decisórios, na qual será verificada uma diretriz harmonizada com os princípios democráticos (ABBOUD, 2021, p. 183).

Entretanto, caso não se formule uma decisão compatível com o jogo democrático e que venha a aceitar as interferências ideológicas e políticas provenientes da vontade do povo, o direito e seus princípios norteadores são atingidos de forma multilateral, tendo em vista que o “intérprete molda o conteúdo ou a força do direito conforme o sentimento social” (ÁVILA, 2021, p. 67). O que se segue dessa ruptura com o direito posto é que os submetidos às normas legislativas perdem a capacidade de agir de forma autônoma, pois o indivíduo, sob o risco de ver a interpretação das normas alteradas mediante ao agrado da população:

(...) acaba o julgador por surpreender o indivíduo, na medida em que este exerce seus direitos de liberdade e de propriedade amparado nas estruturas normativas, nos significados e nas consequências previstos na Constituição e vigentes no momento em que atua, não podendo fazê-lo com base em um sentimento que só será aferido, sabe-se lá como, no momento da prolação da decisão. Submente o indivíduo que age no passado a consequências que serão definidas com base em elementos aferidos apenas no futuro é, uma vez mais, trata-lo como objeto, e não como sujeito de direitos (ÁVILA, 2021, p.51).

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p89-108

Como consequência dessa forma de agir, Humberto Ávila, em outro momento, cita o perigo de uma atitude interpretativa que se sucede quando julgador age por uma fundamentação aquém ao direito e utiliza fundamentos externos e emotivos, haja vista que com as normas se tornando imprevisíveis e o sujeito submisso ao ordenamento suscetível a consequências na qual ele não podia prever, torna-se refém do julgador - e no assunto em questão da vontade majoritária - incapaz de decidir seu futuro, restringindo de forma abrupta sua esfera de liberdade individual e segurança jurídica, sendo tratado “como um objeto ou instrumento, e não como um verdadeiro sujeito de direitos” (ÁVILA, 2021, p. 22).

Em outras palavras, o Judiciário, exercendo sua atividade vinculativa à autonomia do direito, deve-se exaurir - sob o risco de cair em degeneração - das avaliações dadas pela política e do povo à atividade decisória (ABBOUD, 2021, p. 179). Por essa razão, a defesa moderna da divisão de poderes atua, muitas das vezes, de forma contramajoritária, pois o Judiciário, livre de amarras políticas, atua em matérias de alta relevância social. Eis aí o “paradoxo constitucional da democracia” (WILLEMANN, 2013, p. 112), na qual o direito, protegendo seus princípios fundamentais, protege-se dos sentimentos políticos momentâneos e fora dos controles procedimentais democráticos. Entretanto, para que fique claro, agir de forma contramajoritária não é mero prazer de quem assim julga os casos. Agir de maneira contramajoritária só é correto - de uma vez por todas - se assim for condizente com a legalidade (ABBOUD, 2021, p. 183).

. À reação da sociedade às tais decisões, na doutrina americana, deu-se o nome de *Backlash*. Na história do direito americano, vários casos fizeram com que a sociedade se alertasse perante decisões que discutissem temas ardilosos como, por exemplo, o caso *Furman v. Georgia* (1972)², na qual a Suprema Corte americana julgou inconstitucional a pena de morte - naquele momento aplicada em 39 dos 50 Estados americanos. Outro exemplo é o caso *Roe versus Wade* (1973)³, onde estava em

² 408 U.S. 238 (1972)

³ 410 U.S. 113 (1973)

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p89-108

questão a legalização do aborto, com os grupos pró-vida mobilizando discussões nos parlamentos estaduais e, em vários deles, aprovando leis que restringissem a prática.

Dentro dessa atuação do Poder Judiciário em casos de repercussão geral, duas teorias dividem opiniões sobre qual seria o comportamento mais adequado das cortes enquanto trata de temas que podem ocasionar certa divisão da sociedade. A primeira delas, a chamada teoria Minimalista, formulada principalmente por Cass Sunstein, sustenta uma espécie de *self-restraint* por parte do Poder Judiciário quando no enfrentamento de questões complexas e que envolvam um desacordo perante a forma como ela deve ser solucionada. Dessa forma, o Judiciário evitaria um desgaste com a reação social e deixaria a questão para ser tratada pela opinião popular, através dos representantes, para representar que:

Mas talvez a norma ou a prática de autodisciplina judicial possa ser desenvolvida, de modo que juízes falíveis, alertados para sua própria falibilidade, adotem medidas para limitar seus próprios erros. Tais medidas podem envolver doutrinas de justiciabilidade, destinadas a reduzir a presença judicial; ou minimalismo, projetado para garantir um certo grau de estreiteza e superficialidade. (SUNSTEIN, 2017, p. 11, tradução nossa)⁴.

A respeito da estreiteza (*narrowness*), Sunstein representa o que seria a abstenção do órgão julgador para a expansão de sua decisão a outras questões que não envolvem necessariamente o caso concreto. Paralelo a isso, a superficialidade (*shallowness*) é a tentativa de encontrar um mínimo de acordo sobre questões que envolvem profundos desacordos (SUNSTEIN, 2008, p. 3 a 7). Sobre esse específico ponto, Ronald Dworkin já preconizava sobre uma necessidade do debate democrático ter princípios de aceitação mínima pela sociedade, pois, somente assim, seria possível estabelecer um diálogo entre as partes divergentes, de forma que o *commoun ground* principiológico representaria conquistas de humanidade que devem sustentar as discussões divergentes (DWORKIN, 2006, p. 3).

Ao contrário da teoria Minimalista, a teoria chamada “Constitucionalismo Democrático”, desenvolvida por Reva Siegal e Robert Post (POST, SIEGEL, 2007),

⁴ “But perhaps a norm or practice might be developed of judicial self-discipline, so that fallible judges, made alert to their own fallibility, adopt measures to limit their own mistakes. Such measures might involve doctrines of justiciability, designed to reduce the judicial presence; or minimalism, designed to ensure a degree of narrowness and shallowness”.

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p89-108

afirma que o Poder Judiciário deve aplicar o Direito Constitucional, mesmo que haja reação social negativa da decisão e que, com fins de galgar maior legitimidade nesse empreendimento, deve-se manter um diálogo institucional, tendo em vista as possíveis discordâncias interpretativas dos poderes públicos, para estabelecer um fortalecimento do Estado de Direito (ZAGURSKI, 2017, p. 89). Para os autores, e esta é a tese que compartilhamos sobre o *backlash*, desde que seja visto como uma abertura da participação pública regida pelo próprio direito, faz com que o confronto às decisões torne-se uma possibilidade da sociedade manifestar sua capacidade interpretativa dos textos constitucionais, rompendo com a tese que julga os cidadãos como simples receptores das interpretações profissionais dos tribunais:

O *backlash* desafia a presunção de que os cidadãos devem concordar com as decisões judiciais que falam pela voz desinteressada da lei. O *backlash* por duas vezes desafia a autoridade dessa voz. Em nome de uma Constituição democraticamente responsiva, o *backlash* questiona a autoridade autônoma do Direito Constitucional. E em nome da autopropriedade política, a reação desafia a presunção de que os cidadãos leigos devem, sem protestos, adiar os julgamentos constitucionais dos profissionais do direito. [...] O *backlash* o desejo de um povo livre de influenciar o conteúdo de sua Constituição, mas a reação também ameaça a independência da lei. A reação é quando a integridade do Estado de Direito se choca com a necessidade de legitimidade democrática de nossa ordem constitucional. (POST; SIEGEL, 2007, p. 375, tradução nossa)⁵

A consequência dessa abertura propiciada pelo direito para o tratamento de questões que envolvem relativa discordância na sociedade faz parte de uma postura de reconhecimento do Poder Judiciário perante a limitação de abranger toda a complexidade do mundo contemporâneo e trata-las nos moldes tradicionais (ABBOUD, 2021, p. 544). O direito, perante a diversidade atual, deve caminhar na mesma esteira da modernização em um processo de adaptação para garantir eficácia e legitimidade

⁵ “Backlash challenges the presumption that citizens should acquiesce in judicial decisions that speak in the disinterested voice of law. Backlash twice challenges the authority of this voice. In the name of a democratically responsive Constitution, backlash questions the autonomous authority of constitutional law. And in the name of political selfownership, backlash defies the presumption that lay citizens should without protest defer to the constitutional judgments of legal professionals. [...] Backlash expresses the desire of a free people to influence the content of their Constitution, yet backlash also threatens the independence of law. Backlash is where the integrity of the rule of Law clashes with the need of our constitutional order for democratic legitimacy”.

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p89-108

democrática. Eis, portanto, o paradoxo que o direito deve procurar solucionar a partir de vias alternativas.

Fato é que mesmo considerando a participação pública como fundamental, a Corte Suprema deve sempre zelar pelos princípios e direitos fundamentais e - como já dito - atuar, quando necessário, de forma contramajoritária (ZAGURSKI, 2017, p. 96). À vista disso, deve-se ter em mente que é característica intrínseca dos direitos fundamentais reduzir o espaço deliberativo no ambiente político, “justificada em face das experiências históricas de permanentes violações destes direitos por parte do poder estatal” (KRELL, 2012, p. 25).

Assim como foi tratado, o interesse popular no engajamento das decisões jurídicas pode desempenhar uma atividade que desafie o ambiente democrático, a partir de fundamentações extravagantes e alheias aos procedimentos legítimos de participação pública e política. Propõe-se, agora, que revitalizemos a imagem construída a esse fenômeno, apresentando-lhes as vantagens na construção de um aparato que fomenta o debate plural de ideias.

4. POR UMA ATUAÇÃO JURISDICIONAL DEMOCRÁTICA E PARTICIPATIVA

O Judiciário, a partir de casos controvertidos e de discordâncias interpretativas, nada mais do que deve exercer um dos fundamentos de uma democracia constitucional: um diálogo constante e plural entre as várias figuras que compõem a sociedade. Essa participação pública das decisões, longe de legitimar um populismo que se presta indiferente à autonomia do direito, é fundamental para aperfeiçoar a legitimidade democrática da tarefa decisória. Não resta dúvida de que o Judiciário, por sua natureza, é um órgão que se mantém relativamente afastado do mandato representativo, visto que seus representantes não são escolhidos por votação e as características técnicas das matérias tratadas em sua sede acabam afastando o conhecimento popular das razões que são pautadas as fundamentações (BARROSO, 2015, p. 18).

Visto isso, certa abertura à participação popular, com o reconhecimento das opiniões dos grupos sociais, propiciaria uma garantia ainda maior ao art. 93 IX, da

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p89-108

Constituição, a partir de uma maior fundamentação sentencial, prestando contas (*accountability*) e porventura exibindo erros e acertos da opinião popular em relação ao direito, principalmente em decisões que envolvam uma atuação contramajoritária dos tribunais, tendo em mente que “a porosidade institucional é fundamental para permitir uma decisão mais completa e legítima ao mesmo tempo em que se preocupa com o sentimento de pertencimento dos cidadãos e com a ideia de autogoverno” (FICANHA, 2016, p. 5 e 6).

Com objetivo de garantir maior participação popular filtrada pelo controle constitucional e tendo em vista a crescente complexidade dos dissensos morais da sociedade a respeito dos mais diversos temas, o Judiciário deve garantir a realização de procedimentos especiais para abraçar essa causa. Dentre esses meios, pode-se destacar a prática do *amicus curae* como um instrumento que, seguindo a noção de Juliana Jota Dantas (DANTAS, 2015, p. 165), dá ao processo judicial um aperfeiçoamento democrático ao propiciar um debate plural acerca das possíveis interpretações dos mais diversos setores da sociedade.

Como visto no caso *Roe versus Wade*, as discussões ocasionadas a partir do caso judicializado fizeram com que todo um debate parlamentar fosse instaurado, o que fez com que o dissenso típico de uma sociedade democrática fosse originado e a sociedade, a partir de seus órgãos institucionais, propiciasse um “dissenso legítimo entre poderes, o qual pode ser balizado pelas regras do jogo democrático”, nas palavras de Abboud (ABBOUD, 2021).

Com efeito, a partir das teorias que defendem a abertura interpretativa da constituição à pluralidade de ideias inerentes à formação social, Peter Härbele (HÄRBELE, 2015, p. 43) faz uma defesa da “sociedade aberta dos intérpretes da constituição”, na qual a Corte Constitucional deveria, no exame de leis que “provocam profundas controvérsias no seio da comunidade”, levar em conta a função integrativa da Constituição, ou seja, o dissenso que acontece entre a opinião pública que exerce a função de - enquanto co-intérpretes da constituição - conferir legitimidade às decisões democráticas.

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p89-108

Contudo, a discussão merece uma atenção importante para manter vivo o ambiente democrático. Não se deve, sob as vestes de uma construção coletiva e plural, o intérprete moldar sua atividade decisória a partir de fundamentações estritamente políticas e ideológicas, ou seja, impor o caráter emotivo do povo com a finalidade de persuasão argumentativa ou ainda transvestir de “voz das ruas” suas próprias opiniões sobre temas controvertidos (ÁVILA, 2021, p. 69 e 79). Dessa forma, a fundamentação de uma decisão constitucional, ainda que, em muitos casos, seja discutida entre a opinião pública e as instituições democráticas, deve sempre ser pautada pelos suportes constitucionais, de forma coerente e articulada, sob o risco, repita-se, da atividade jurisdicional ser degenerada e a liberdade de quem se submete aos preceitos constitucionais ser tolhida pela atuação irresponsável de juízes que abandonam suas respectivas funções de garantidores da autonomia do direito para executarem manobras que criem o não direito no direito (ABBOUD, 2021, p. 111 a 113).

Compreender como se dá tal fenômeno da degeneração do direito é exercício fundamental, haja vista que o processo histórico demonstra que ele costuma ocorrer a partir da atividade - intencional ou não - aquém ao direito dos órgãos decisórios em relação ao legislativo. Isto se deve, portanto, à redenção dos julgadores ao cumprimento de agendas políticas aquém ao direito (ABBOUD, 2021, p. 258).

Portanto, na análise das fundamentações decisórias das cortes em matérias constitucionais, deve-se indagar “em cada caso, se a discordância materializada no *backlash* é única e exclusivamente política, no sentido estrito de que ‘determinada decisão judicial deve ser derrubada, tão somente porque favorece determinado inimigo’” (ABBOUD, 2021).

Partimos de casos práticos para a análise de um diálogo dentro do jogo democrático propiciado pelo fenômeno do *backlash*: foi discutida em sede constitucional a ADIn 4983-CE, tratando a respeito da proibição da prática da “vaquejada”. O STF, por maioria, considerou inconstitucional a Lei 15.299/2013, do Estado do Ceará, que classificava a prática de vaquejada como manifestação cultural e de esporte. A tese

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p89-108

vencedora⁶ se apoiou no artigo 225, inciso VII, da CF, que tem objetivo de proteger a fauna e a flora, vedando práticas que submetam os animais a crueldade. Os ministros que votaram pela inconstitucionalidade da lei consideraram que o direito à manifestação cultural, prevista no artigo 215, não teria prevalência na prática da vaquejada, tendo em vista os diversos maus-tratos a que eram submetidos os animais. Por outro lado⁷, os ministros que votaram pela constitucionalidade da lei deram predominância ao direito à manifestação cultural, dando enfoque na necessidade de que a prática fosse regulamentada para evitar crueldade animal.

A população reagiu à decisão da Corte. Grupos de vaqueiros organizaram-se, em manifestações (G1, 2016), para demonstrar a importância cultural e simbólica na vida daquelas pessoas. No mesmo ano, foi tratado, agora em sede do Congresso Nacional, o PL 24/2016 e se converteu na Lei 13.364/2016, que consistia basicamente no reconhecimento da vaquejada, rodeio e afins como expressões culturais. Ou seja, a decisão do STF, dentro das possibilidades semânticas constitucionais, possibilitou um amplo debate sobre as práticas da vaquejada e causou reflexo imediato na atuação legislativa, cujo debate naquele órgão estava adormecido.

Outro exemplo se estabelece no julgamento da ADIn 4277-DF e ADPFn 132-RJ, onde o STF reconheceu a união homoafetiva como possível de se constituir a família. Anteriormente, a interpretação do artigo 1.723 do Código Civil era restrita para o estabelecimento da união estável como direito ao casal formado por homem e mulher. O STF, portanto, a partir de uma interpretação extensiva, ampliou essa possibilidade para a consideração das pessoas do mesmo sexo. Não se discutirá aqui as razões do julgamento, tema que envolve um detalhamento maior de argumentação para sustentação de uma valoração da decisão da Corte. O foco, entretanto, repassa pela atenção ao que detalhou o Ministro Cezar Peluso, sobre a atuação do STF na matéria em relação às ações do legislativo:

Que da decisão da Corte, importantíssima, sobra espaço dentro do qual, penso eu, com a devida vênua - pensamento estritamente pessoal -, tem que intervir o Poder Legislativo. O Poder Legislativo, a partir de hoje, deste julgamento,

⁶ Conforme o voto do relator, ministro Marco Aurélio.

⁷ Conforme o voto do ministro Edson Fachin.

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p89-108

precisa expor-se e regulamentar as situações em que a aplicação da decisão da Corte será justificada também do ponto de vista constitucional. Há, portanto, uma como convocação que a decisão da Corte implica em relação ao Poder Legislativo, para que assuma essa tarefa, a qual parece que até agora não se sentiu ainda muito propenso a exercer, de regulamentar esta equiparação (BRASIL, 2011).

Confirmando os efeitos positivos possíveis do *backlash*, os grupos sociais se organizaram e responderam à decisão da corte, através de debates no ambiente Legislativo, ainda que tal Poder, até o momento, nada tenha decidido sobre a matéria (ZAGURSKI, 2017, p. 104) - o que confirma a inércia desses meios perante assuntos com dose elevada de dissenso moral na sociedade.

Esse debate institucional provém da evolução da clássica separação de poderes e confere maior legitimidade às decisões de todos os órgãos, pois a atitude interpretativa da Corte Suprema, ainda que seja a considerada válida, não está imune a críticas das mais diversas ordens. O direito deve, em eventuais discordâncias interpretativas entre os órgãos institucionais, canalizar esse diálogo nas vias democráticas e, dessa forma, fazer com que a correção das ações dos poderes seja revista reciprocamente. A “última palavra” da Corte constitucional, portanto, não pode ser usada como argumento para ignorar possíveis divergências acerca do tratamento de determinadas questões.

Vislumbramos que, através do constitucionalismo democrático, é possível apropriar-se do *backlash* para, a partir de que “algum grau de conflito pode ser, ao mesmo tempo, causa e consequência em um processo de desenvolvimento constitucional” (WILLEMANN, 2013, p. 116).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constituição de Weimar e o Estado de Direito posto por ela é o sustentáculo da autonomia do direito. Não se imagina nação livre sem o direito livre. Eis a dificuldade para alcançar essa meta. Sob o enfoque da opinião pública sobre o exercício da aplicação do direito, foi debruçada a conquista da posição da Jurisdição Constitucional como protetor da Constituição e com legitimidade democrática para frear possíveis

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p89-108

avanços indesejados e imperceptíveis da maioria. Indesejados pela potencialidade lesiva de direitos da minoria e imperceptíveis pelo fato de que nunca se sabe o perigo da formulação de políticas que ofendam direitos alheios até o momento em que seja o próprio sujeito a vítima desses ataques.

O mundo moderno e sua inerente complexidade faz com que haja a necessidade de que os dogmas do direito positivo sejam atualizados de forma imediata, para alcançar situações que o modelo tradicional já não é mais suficiente. Dentro dessa noção, também deve reconhecer de que, apesar da Jurisdição deter poder supremo para salvaguardar os preceitos constitucionais, ela já não mais deve ter a hegemonia de intérprete único da Constituição. Deve ficar claro que o que se busca não é o rompimento de princípios básicos do Estado Democrático de Direito, no que se refere ao controle dos outros órgãos e a interpretação final do texto constitucional pela atividade jurisdicional. Na verdade, o objetivo é dar nova legitimação democrática a Jurisdição, a partir do entendimento de que para a preservação de tal atividade finalística, a Corte deve, em casos controvertidos, dividir a função interpretativa com outros órgãos e setores da sociedade.

O *backlash*, como dito, não pode tornar-se fenômeno que legitime a degeneração do direito, fazendo com que os julgadores, sob o risco de reação negativa da sociedade, moldem a tarefa interpretativa para sentidos alheios aos ditames constitucionais e que rompam com princípios democráticos fundamentais, tais como a da segurança jurídica. A partir do “constitucionalismo democrático”, consideramos a possibilidade de um cenário de diálogo pulsante institucional e social, como foi feito nos casos da ADIn 4277 - DF, levando em consideração o voto do Ministro Cezar Peluso, em uma convocação aberta ao Poder Legislativo para a atividade conjunta entre os poderes, assim como na ADIn 4983-CE, onde a camada atingida pela decisão judicial se mobilizou a partir das organizações sociais e estimularam para que o Poder Legislativo tratasse da matéria com urgente, o que foi feito logo em seguida.

Assim, a Jurisdição poderá exercer suas funções de forma democrática sem, necessariamente, provocar reações desproporcionais e indevidas nos jurisdicionados, com o objetivo de propiciar uma aproximação da sociedade das fundamentações

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p89-108

jurídicas apreciadas no tratamento das questões, conferindo, ao fim e ao cabo, maior grau de legitimidade à atuação da Corte.

Fica claro, portanto, que as respostas institucionais não escapam do controle recíproco entre os poderes e, muito menos, da esfera protegida pela Constituição. Ou seja, o direito protege a si mesmo a partir de seus próprios instrumentos disponíveis.

Referências

ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional pós-moderno**, São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

ABBOUD, Georges. **Banalização do impeachment de ministros do STF: backlash à brasileira**, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-01/abboud-banalizacao-impeachment-ministros-stf>>. Acesso em 22 de maio de 2021.

ÁVILA, Humberto. **Constituição, liberdade e interpretação**, São Paulo: Malheiros, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**, 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2915571>>. Acesso em 21 de jun, de 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil Contemporâneo**. RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <<https://doi.org/10.12957/rfd.2012.1794>>. Acesso em 19 de jun, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. (Syn)Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, p. 23-32, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Vinte anos da Constituição brasileira: a reconstrução democrática do Brasil**. Brasília. 45 n. 179 jul./set. 2008. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176538/000843866.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>. Acesso em 19 de junho de 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI – Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 4277 DF**. Requerente: Procuradora-Geral Da República, 2011. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 25 de maio de 2021.

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p89-108

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina Coimbra, 1993.

DANTAS, Juliana de Oliveira Jota. **Controle de Constitucionalidade e Cláusulas Pétreas Implícitas** – A Irredutibilidade do direito fundamental ao meio ambiente, São Paulo: Verbatim, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Is democracy Possible here? Principles for a new political debate**. Princeton. Princeton University Press, 2006.

FICANHA, Gresiéli Taíse. **O direito fundamental de participação como fator de legitimidade democrática do Poder Judiciário: uma perspectiva hermenêutica**. Revista dos Tribunais. v. 965, 2016.

G1. **Vaqueiros ocupam Esplanada em ato contra proibição de vaquejadas**. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2016/10/vaqueiros-ocupam-esplanada-em-ato-contraproibicao-de-vaquejadas.html>>. Acesso em 25 de maio de 2021.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. **Direito Público**, [S.l.], v. 11, n. 60, p. 25-50, abr. 2015. ISSN 2236-1766. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353/1204>>. Acesso em: 21 de junho de 2021.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KRELL, Andreas J.. Para além do fornecimento de medicamento para indivíduos - O exercício da cidadania jurídica como resposta a falta de efetivação dos direitos fundamentais sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas. In: FEITOSA, Enoque et alii (Org.). **O Judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Recife: Edit. Univ. UFPE, v. 2, p. 135-179, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Roe rage**: democratic constitutionalism and the backlash. Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review, v. 42, n. 2, p. 373-433. 2007. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=990968>. Acesso em: 31 de maio de 2021.

ROUSSEAU, Dominique. **O Direito Constitucional contínuo**: instituições, garantias de direitos e utopias. Tradução Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 8(3):261-271, setembro-dezembro, 2016. Disponível em: <<https://doi.org/10.4013/rechtd.2016.83.01>>. Acesso em 26 de maio de 2021.

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p89-108

SENA, Beatriz Veríssimo. Controle de constitucionalidade dos atos políticos pelo Poder Judiciário. In MENDES, GILMAR FERREIRA (Org.). **Jurisdição Constitucional**. – Brasília: IDP, 2012.

STRECK, Lenio. **Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada**. Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016. Disponível em: <<https://doi.org/10.18593/ejil.v17i3.12206>>. Acesso em 26 de maio de 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do direito: a necessária concretização dos direitos humanos**. Hendu 1 (1): Julho, 2010. Disponível em: <<http://periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/viewFile/374/601>>. Acesso em: 25 de maio 2021.

STRECK, Lenio. **O que é ativismo?** 2016. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-ativismo>>. Acesso em: 25 de maio de 2021.

SUNSTEIN, Cass R., **Backlash's Travels**. University of Chicago, Public Law Working Paper No. 157, Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review (CR-CL), Forthcoming, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=970685>>. Acesso em 21 de junho de 2021.

SUNSTEIN, Cass R. **Beyond Judicial Minimalism**. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 432, 2008. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/85/>. Acesso em 23 de junho de 2021

WILLEMANN, Marianna Montebello. **Constitucionalismo democrático, backlash e resposta legislativa em matéria constitucional no Brasil**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 11, n. 40, p. 109-138, jan./mar. 2013. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/caju/Efeito.Backlash.Jurisdicao.Constitucional_7.pdf>. Acesso em: 25 de maio de 2021.

ZAGURSKI, Adriana Timoteo dos Santos. **Backlash: uma reflexão sobre deliberação judicial em casos polêmicos**, 2017. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/caju/Efeito.Backlash.Jurisdicao.Constitucional_4.pdf>. Acesso em: 25 de maio de 2021.