

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

RAMON CRISTIAN SANTOS VALENTIN

EFEITO BACKLASH. AS CONSEQUÊNCIAS DO POSICIONAMENTO DO STF

ARACAJU

2019

RAMON CRISTIAN SANTOS VALENTIN

**EFEITO BACKLASH. AS CONSEQUÊNCIAS DO POSICIONAMENTO DO STF**

Monografia apresentada a Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE), como um dos pré-requisitos para obtenção de grau de bacharel em Direito.

ORIENTADOR: MARCEL FIGUEIREDO  
RAMOS

ARACAJU

2019

VALENTIN, Ramon Cristian Santos.

V156e            Efeito Backlash: as consequências do posicionamento do  
STF / Ramon Cristian Santos Valentin; Aracaju, 2019. 56p.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e  
Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador: Prof. Esp. Marcel Figueiredo Ramos

1. Backlash 2. Efeito 3. Controle 4. Tripartite 5. Poderes  
6. Judiciário 7. Supremo 8. Legislativo I. Título.

CDU 341; 342.52(813.7)

Elaborada pela Bibliotecária Lícia de Oliveira CRB-5/1255

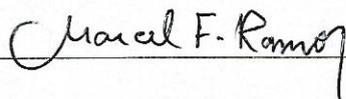
RAMON CRISTIAN SANTOS VALENTIN

**EFEITO BACKLASH: AS CONSEQUÊNCIAS DO POSICIONAMENTO DO STF**

Monografia apresentada à Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em 15 / 06 / 2019

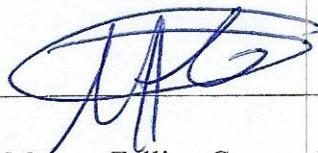
BANCA EXAMINADORA



Prof. Marcel Figueiredo Ramos (Orientador)  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Profª. Ilmara Kelli Rocha de Oliveira  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof. Marcos Fellipe Gomes de Carvalho  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

A Deus, em quem confio.

## AGRADECIMENTOS

A minha família, meu pai, Edmilson Valentin, minha mãe, Maria Valentin, minha irmã, Esther Valentin, por toda força e suporte.

A minha namorada, Gabriela Santos, por todo carinho e companheirismo.

Aos amigos, pela motivação constante.

Aos meus líderes, Prs. Marcos Andrade e Cláudia Andrade, ao Pr. Jeter Andrade, ao Pr. Genoval Rodrigues, pelas orações, palavras e direcionamentos essenciais, a toda Família Renovada.

A Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, por me conceder tamanha oportunidade.

Ao curso de Direito, em especial ao coordenador, professor e orientador Marcel Figueiredo Ramos, por toda atenção e apoio para conclusão dessa etapa.

A todos que foram meus professores durante esse curso, por toda dedicação, ensinamentos e incentivo.

Aos colegas de turma, pelo auxílio.

A todos que de alguma forma contribuíram e contribuem para o meu crescimento.

*“Você nunca sabe que resultados virão da sua ação. Mas se você não fizer nada, não existirão resultados.”*

(MAHATMA GANDHI)

## RESUMO

O presente trabalho aborda o fenômeno conhecido como efeito backlash, que teve origem no direito americano, sendo analisado seu contexto histórico e suas diferentes conceituações. Para tanto serão tratados temas como a Tripartite dos Poderes, desde o seu surgimento até os dias atuais, a importância de Montesquieu, inclusive a introdução de sua teoria nas constituições brasileiras, afim de que se chegue ao entendimento da relação desse efeito com os Poderes. Serão analisados casos americanos, como a pena de morte e brasileiros, como a união homoafetiva, a Lei da Ficha Limpa e o Caso Vaquejada, onde houve a ocorrência desse fenômeno. Após serão postos em questão temas referentes ao controle de constitucionalidade ocorrido no Judiciário e no Legislativo, discutindo sobre quem é o maior legitimado e apresentando teorias que defendem ambos. O foco no que diz respeito ao Judiciário será na sua atuação através do Supremo Tribunal Federal, permeando por sua criação e funções, sendo mencionados temas como o ativismo judicial, além de teorias sobre quem possui a palavra final nas decisões que envolve temas constitucionais e se o mesmo é Corte Constitucional, guarda da Constituição Federal ou ambos. Quanto ao Legislativo serão apresentadas funções típicas e atípicas, juntamente com sua atuação no cenário presente. O trabalho foi fruto em sua maioria de pesquisas bibliográficas e artigos, onde foi apresentada uma visão ampla, abrangendo diversas linhas de raciocínio, mas todas convergindo para o mesmo tema, que é o fenômeno do efeito backlash. Além de fazer uma análise entre a relação dos Poderes e o povo no tempo presente.

Palavras-chave: Backlash. Efeito. Controle. Tripartite. Poderes. Judiciário. Supremo. Legislativo.

## ABSTRACT

The present work deals with the phenomenon known as backlash effect, which originated in American law, analyzing its historical context and its different conceptualizations. To this end, the importance of Montesquieu, including the introduction of his theory in the Brazilian constitutions, will be dealt with, such as the Tripartite of the Powers, from its inception to the present day, in order to understand the relation of this effect to the Powers. American cases such as the death penalty and Brazilians as the homoaffective union, the Law of the Clean Registry and the Case Vaquejada, where this phenomenon occurred, will be analyzed. After questions will be questioned regarding the control of constitutionality occurred in the Judiciary and in the Legislative, discussing who is the most legitimized and presenting theories that defend both. The focus with regard to the Judiciary will be in its action through the Federal Supreme Court, permeating its creation and functions, being mentioned themes such as judicial activism, as well as theories about who has the final say in decisions involving constitutional issues and whether the same is Constitutional Court, guard of the Federal Constitution or both. As for the Legislative will be presented typical and atypical functions, together with their performance in the present scenario. The work was mostly fruit of bibliographical research and articles, where a broad vision was presented, covering several lines of reasoning, but all converging towards the same theme, which is the phenomenon of the backlash effect. In addition to making an analysis between the relationship of Powers and the people in the present time.

Keywords: Backlash. It is made. Control. Tripartite. Powers. Judiciary. Supreme. Legislative.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.
<b>2 TRIPARTITE DOS PODERES</b> .....	<b>10</b>
<b>2.1 Conceito histórico e surgimento da separação dos poderes</b> .....	<b>10</b>
2.1.1 Montesquieu e a Tripartite .....	12
2.1.2 Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário segundo Montesquieu .....	13
2.1.3 Freios e Contrapesos segundo Montesquieu.....	13
2.1.4 Tripartite na constituição americana .....	14
2.1.5 Tripartite nas constituições brasileiras .....	14
<b>2.2 Poder Legislativo: características gerais, funções típicas e atípicas</b> .....	<b>16</b>
2.2.1 Atos do Poder Legislativo .....	17
2.2.2 Funções atípicas do Poder Legislativo .....	19
<b>2.3 Poder Judiciário: Características gerais, funções típicas e atípicas</b> .....	<b>20</b>
2.3.1 Funções típicas do Poder Judiciário .....	20
2.3.2 Funções atípicas do Poder Judiciário .....	21
<b>2.4 Supremo Tribunal Federal: criação, funções</b> .....	<b>22</b>
2.4.1 Supremo Tribunal Federal: Corte Constitucional ou apenas guarda da Constituição Federal? .....	22
<b>3 O EFEITO BACKLASH E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b> .....	<b>26</b>
<b>3.1 Conceituação do efeito Backlash</b> .....	<b>26</b>
<b>3.2 Contexto histórico do efeito Backlash e breves discussões</b> .....	<b>28</b>
<b>3.3 O efeito Backlash no Brasil. Análise de casos.</b> .....	<b>30</b>
3.3.1 União homoafetiva .....	31
3.3.2 Lei da Ficha Limpa.....	33
3.3.3 Caso Vaquejada .....	35
<b>3.4 Supremo Tribunal Federal ou Legislativo: Quem tem a palavra final?</b> .....	<b>37</b>
3.4.1 A palavra final do Supremo Tribunal Federal como Guarda da Constituição Federal.....	37
3.4.2 A palavra final do Legislativo como revisor da Constituição Federal.....	41
3.4.3 Teoria do Dialogo Interinstitucional e Equilíbrio quanto a palavra final .....	44
<b>4 CONCLUSÃO</b> .....	<b>46</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>48</b>

## 1 INTRODUÇÃO

No Brasil pode ser notado o crescimento do ativismo judicial, onde o Poder Judiciário, através do Supremo Tribunal Federal tem decidido questões polêmicas, e após isso entra em ação o Poder Legislativo, contrariando o posto pela Corte. Temas de grande relevância como a união homoafetiva, a Lei da Ficha Limpa e o Caso Vaquejada são exemplos. Devido a existência muitas vezes de uma postura inerte do Legislativo, os grupos sociais têm buscado o Judiciário para resolução de questões importantes. Porém nem sempre esses grupos têm os seus pedidos resolvidos, pelo contrário, o Legislativo assume uma postura totalmente diferente, acabando por definir a questão de forma a não haver possibilidade de mudanças, é nesse ponto onde o fenômeno do efeito backlash pode ser analisado. Inicialmente ele ocorreu nos Estados Unidos com a aplicação da pena de morte, entretanto ele pode ser analisado em casos brasileiros. Serão abordados casos onde esse efeito pode ser observado. A questão central do estudo é trazer esclarecimentos quanto a sua ocorrência e suas consequências, além de indicar, através de teorias apresentadas quem é o legitimado a decidir esses conflitos, se o Judiciário ou o Legislativo. Para isso será analisado a postura do Supremo Tribunal Federal em questões polêmicas, e a relação deste com a população. Também será analisada a postura do Legislativo, e devido ao efeito backlash, como o mesmo tem atuado. Inicialmente será tratada a questão da Tripartite dos Poderes, necessária se faz essa análise para entendimento da relação entre os Poderes e destes com o povo. Por fim serão analisadas as teorias apresentadas e a conclusão a respeito das mesmas, em especial se o efeito backlash pode ser considerado como algo ruim ou bom em meio a essa relação democrática.

## **2 TRIPARTITE DOS PODERES**

### **2.1 Conceito histórico e surgimento da separação dos poderes.**

A separação dos poderes, também chamada de tripartite dos poderes, é um modo de governar que tem sua criação datada do período da Grécia Antiga, inicialmente sendo retratada mais detalhadamente pelo filósofo Aristóteles em sua obra intitulada "A Política", que nela investigou as formas de poderes do Estado e qual melhor a ser aplicada afim de certificar qual resultaria em maior felicidade por parte da coletividade.

O fundamento desse modo de governar tem por base que os três poderes regentes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário), precisam atuar de forma separada, independente e harmônica entre si, e ainda sim cada um ter o poder de ser uno, indivisível e indelegável.

A finalidade dessa separação está em evitar que haja abuso, como ocorre no Estado absolutista, uma vez que o poder se concentra em uma pessoa apenas, no caso o rei. O início do Estado Liberal sendo sucessor do Estado Absolutista se deu justamente devido a separação dos poderes, ou Tripartição dos Poderes. Observando a essa questão numa perspectiva histórica, nota-se que devido à má experiência do absolutismo e conseqüentemente a desconfiança nos magistrados do rei, ocorreu a solidificação do princípio da separação dos poderes. (VILE, 1998, p. 23-58).

O tema separação dos poderes tem sido retratado ao longo dos tempos por grandes juristas e pensadores, sendo um tema de relevante importância. Dentre os que consideram essa questão destacam-se Platão, Aristóteles, Locke, Montesquieu, e muitos outros, que foram influenciadores do modelo tripartite seguido atualmente, inclusive no ordenamento jurídico do Brasil, presente no artigo 2º da Constituição Federal de 1988 como princípio constitucional.

A teoria da separação de poderes foi inicialmente delineada por Aristóteles em sua obra "A Política" em que o mesmo afirmava existir três órgãos separados, sendo eles o Poder Deliberativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. Em seguida, Locke na sua obra chamada "Segundo Tratado sobre o Governo Civil", afirmou ser o Legislativo superior aos demais poderes, e mais ainda, sendo os outros subordinados, tendo o Executivo o papel de aplicar as leis e o Federativo cuidar das relações internacionais referentes ao governo.

Apesar de Aristóteles, Locke, Montesquieu retratarem com clareza o presente tema, os mesmos não foram criadores do mesmo, mas sim conseguiram basear suas afirmações em obras já existentes como a do filósofo Platão, intitulada “A Republica”, onde pode ser observada a ideia de divisão do Estado, atribuindo funções específicas afim de que o poder não estivesse concentrado em um único ponto, o que levaria a consequências desastrosas. Entretanto o que se entende hoje como tripartite de poderes está atribuído principalmente a Montesquieu, em sua obra denominada “O Espirito das Leis”, tendo o poder Judiciário maior destaque em sua atuação.

Foi enorme a contribuição dada por Montesquieu a história no que cabe a separação dos poderes. Ele que deu fundamento a divisão dos poderes do Estado e atribuiu funções específicas a cada um desses poderes. Ele quem estruturou o que viria a ser o princípio constitucional mais importante para a democracia em todo o mundo. Segundo a visão de Montesquieu (1777, Livro XI, p. 311-313 e 321-322):

Há em cada estado três tipos de poderes, o poder legislativo, o poder de execução das coisas que dependem da lei das nações e o poder de execução daqueles que dependem da lei civil.

Pela primeira vez, o príncipe ou o magistrado faz leis por um tempo ou para sempre, e corrige ou anula aquelas que são feitas. No segundo, ele faz paz ou guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece segurança, evita invasões. Pelo terceiro pune os crimes, ou julga os diferentes dos particulares. Este último será chamado o poder de julgar; e o outro, simplesmente o poder de execução do estado.

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está unido ao poder de execução, não há liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado possa fazer leis tirânicas, para executá-las tiranicamente.

Ainda não há liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se fosse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário; para o juiz seria legislador. Se ela se juntasse ao poder de execução, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido, se o mesmo homem, ou o mesmo corpo do principal, ou dos nobres, ou do povo, exercesse estes três poderes: o de fazer leis, executar as resoluções públicas e julgar os crimes ou os diferentes dos particulares.

O poder executor deve estar nas mãos de um monarca; porque aquela parte do governo, que quase sempre precisa de ação momentânea, é melhor administrada por um do que por vários; em vez disso, aquilo que depende do poder legislativo é muitas vezes melhor ordenado por muitos do que por um. Se não houvesse monarca, e o poder executor confiasse a um certo número de pessoas retiradas do corpo legislativo, não haveria mais liberdade; porque os dois poderes seriam unidos, as mesmas pessoas que às vezes, e sempre podendo compartilhar com um e outro.

Nesse ponto discorre também Montesquieu sobre como é perigoso a função legislativa e executiva serem reunidas e dadas a uma única pessoa ou a um grupo

seleto de pessoas, pois este ou estes poderiam pôr em risco a liberdade, tomando suas decisões de forma tirânica.

No intuito de uma definição genuína para o conceito de separação de poderes, livre de todas as modificações sofridas ao longo do tempo, expõe Vile (1998, p.4):

Uma doutrina 'pura' da separação dos poderes pode ser formulada da seguinte maneira: é essencial para o estabelecimento e manutenção da liberdade política que o governo seja dividido em três ramos ou departamentos, o legislativo, o executivo e o judiciário. Para cada um destes ramos há uma função governamental identificável correspondente, legislativa, executiva ou judicial. Ademais, as pessoas que compõem estas três agências do governo devem se manter separadas e distintas, sendo nenhum indivíduo autorizado a ser, ou estar, ao mesmo tempo membro de mais de um ramo [...]

### 2.1.1 Montesquieu e a Tripartite

Nascido em Bordeaux, França, em 18 de janeiro de 1689, o Barão de La Brède e de Montesquieu, filósofo social e escritor francês, estudou Direito, ingressando na faculdade aos dezesseis anos de idade, exercendo também a Magistratura por cerca de doze anos, foi presidente do Parlamento de Bordeaux e pertenceu a Academia Francesa. Viajou diversos países afim de conhecer as instituições políticas de outros povos, morando por dois anos na Inglaterra. Fez parte da Academia Real de Londres e da Academia Real de Ciências de Berlim. Estudioso dos preceitos bíblicos, como também de Biologia, Geologia e Física. Herdou o título de nobreza e uma propriedade rural produtora de vinho, que manteve enquanto vivo. Faleceu em Paris, França, no dia 10 de fevereiro de 1755, quando tinha sessenta e seis anos<sup>1</sup>.

Foi Montesquieu quem incluiu o poder de julgar como um dos poderes fundamentais do Estado, edificando a tese da descentralização do poder, dando prosseguimento as ideias de Locke. Em seu livro mais importante " O espírito das Leis", tratou da teoria tripartite, que tem por base atribuir três esferas de poder ao Estado, são elas o Legislativo, onde são feitas as leis para uma época determinada ou sem fim, e ainda revogam ou transformam as que já foram feitas, o Executivo, responsável pelo envio e recebimento de embaixadores, estabelecimento da segurança e prevenção das invasões, e por fim o Judiciário, que tem a atribuição de punir os crimes e julgar os desentendimentos de ordem civil. Desse modo as tarefas de legislar, administrar e julgar não estão incumbidas a uma só pessoa ou grupo, pois

segundo Montesquieu o homem que tem o poder nas mãos é influenciado a abusar dele, sendo barrado apenas pelos limites estabelecidos.

Também seria afrontoso a liberdade se o poder de julgar e legislar não estivessem separados, levando a decisões arbitrárias, assim como se o de julgar e executar estivessem juntos o juiz estaria sempre a oprimir. Segundo o Barão, para que não haja abuso de poder é preciso que o poder freie o poder, sendo a relação dos poderes de equidade, não havendo nenhum poder absoluto, dando proteção aos membros da sociedade.

### 2.1.2 Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário segundo Montesquieu

Montesquieu considerava que o homem deve ser por si mesmo governado, só então seria totalmente livre, é aí que ele estabelece então o caráter dúplice do poder Legislativo, verdadeiro representante do povo, dividido em Câmara Alta, confiada aos nobres que possuem a função de frear iniciativas ruins da Câmara Baixa e essa, formada por representantes escolhidos pelo povo, pois os cidadãos possuem o poder legislativo, necessitando de representantes que façam tudo aquilo que o povo por si só não é capaz de fazer, inclusive frear também iniciativas da Câmara Alta, ou seja, existe uma constante preocupação com a limitação de poder.

O poder Executivo deve ser atribuído a um monarca, sendo sua administração melhor sendo feita por uma pessoa legitimada ao invés de várias.

O poder Judiciário não pode ser incumbido ao Executivo e nem ao Legislativo, mas sim a pessoas do meio do povo, não sendo o poder de julgar inerente ao Estado, sendo o juiz tão somente o que aplica as leis criadas pelo Executivo e Legislativo quando houver necessidade de assim ser feito, ofuscando o magistrado e iluminando a lei.

### 2.1.3 Freios e Contrapesos segundo Montesquieu

Montesquieu sempre demonstrou preocupação com o limite de atuação de cada poder e quais competências atribuídas a cada um. Sua doutrina concentrou-se em não permitir que um órgão individual tivesse maior domínio. Por isso é que surge em sua obra a Teoria dos Freios e Contrapesos, onde na prática um poder delimita o poder do outro.

#### 2.1.4 Tripartite na constituição americana

No ano de 1787, no dia 17 de setembro, foi prescrito na Constituição do Estados Unidos da América as funções atribuídas a cada poder, sendo o início da tripartite a nível constitucional para os americanos, e isso se deu devido ao temor do poder Legislativo em relação aos outros, afastando o modelo europeu. Em 1789 este princípio foi incluído no artigo 16 da Declaração Dos Direitos do Homem e do Cidadão, ocorrendo então a mudança para o Estado Democrático de Direito definitivamente: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

#### 2.1.5 Tripartite nas constituições brasileiras

No Brasil a Tripartite sempre foi um princípio fundamental presente em seu ordenamento jurídico, inicialmente, porém, na Carta Imperial de 1824, em seu Título 3º, é incluído o Poder Moderador, onde juntamente com o Poder Executivo eram atribuídos ao imperador, afim de que o mesmo resguardasse a independência, harmonia e equilíbrio entre os poderes, nesse modo o poder estava concentrado em uma única pessoa, diferente da visão proposta por Montesquieu:

“Dos poderes, e Representação Nacional.

Art. 9. A Divisão, e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece.

Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial.”

Havia então um desequilíbrio em relação aos poderes, que durou por sessenta e cinco anos, até que entrou em vigor a 1ª Constituição da República. A Constituição da República do Estados Unidos do Brasil de 1891 mencionou a tripartição dos poderes segundo o modelo de Montesquieu, sendo superada a Monarquia e estabelecido o modelo americano de constituição, tratava seu Artigo 15º: “São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si”.

A segunda Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 1934 acompanhou a anterior, dispondo em seu Artigo 3º: “São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si”.

Em 1937, a Constituição outorgada por Getúlio Vargas, não faz menção as divisões e atribuições dos poderes do Estado.

Com a democracia sendo reestabelecida no Brasil, em 1946 a Constituição dos Estados Unidos do Brasil dispõe em seu Artigo 36º:

“São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.

§ 1º O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição.

§ 2º É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições”.

Em 1967 a Constituição do Brasil descreve em seu Artigo 6º:

“São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Parágrafo único. Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; o cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro”.

Na Emenda Constitucional Nº 1, de 1969, em seu Artigo 6º determina:

“São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Parágrafo único. Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; quem fôr investido na função de um deles não poderá exercer a de outro”.

A separação dos poderes no Brasil seguiu a teoria Tripartite até os dias de hoje. Todas as constituições mencionadas acima antecederam a considerada como mais democrática, a chamada Constituição Cidadã, a saber a Constituição de 1988. O atual texto estipula que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Separação dos Poderes, artigo 60, § 4º, cláusulas pétreas.

Bonavides (1998, p.173), sobre o escopo das limitações ao poder de revisão, afirma que:

“tais cláusulas de garantia (*Ewigkeitsgarantie*) traduzem, em verdade, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o

enfraquecimento, ou impliquem profunda mudança de identidade do *telos* constitucional. É que, como ensina Hesse, a Constituição contribui para a continuidade da ordem jurídica fundamental, na medida em que impede a efetivação de um suicídio do Estado de Direito democrático sob a forma de legalidade".

## 2.2 Poder Legislativo: características gerais, funções típicas e atípicas

O Poder Legislativo está fundamentado nos artigos 44 ao 75 da Constituição Federal. Está disposto na forma bicameral no artigo 44, caput, sendo formado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal: "O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal."

A primeira representante do povo, o segundo representando os Estados-membros e o Distrito Federal. Nesse modo, estão delimitados de forma igualitária, uma escolha do modelo federativo do Estado, minimizando as diferenças entre as partes que o compõe. Ao Legislativo são atribuídas, principalmente as funções de produzir leis e fiscalizar as mesmas, em sentido amplo, além de promover a fiscalização contábil, financeira, patrimonial e orçamentária do Executivo, disposto no artigo 49, inciso X, administrando e julgando como funções atípicas. O artigo 59 da Constituição Federal enumera as espécies de atos legislativos. Antes de ser feita uma análise sobre eles é importante destacar o eventual controle judicial que pode ser feito quanto ao processo de elaboração desses atos.

Como foi abordado por Pinho (2006, p. 86 e 88):

"O Supremo Tribunal Federal tem admitido, em caráter absolutamente excepcional, o controle judicial incidental da constitucionalidade do processo legislativo, desde que a medida seja suscitada por membro do Congresso Nacional. A finalidade é assegurar ao parlamentar o direito público subjetivo de elaboração de atos legislativos em consonância com o Texto Constitucional (RTJ, 139:783, 102:27, 112:598 e 112:1023, acórdãos mencionados no MS 23/282-1 MT, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 5 fev. 1999, p. 54). Em relação a outras pessoas, mesmo que eventuais destinatários da futura disposição constitucional ou legislativa, não se reconhece o direito público subjetivo de supervisionar a elaboração de atos legislativos, sob pena de transformação do mandado de segurança em um controle preventivo da constitucionalidade em abstrato, inexistente no sistema constitucional brasileiro (RTJ, 136:25, e MS 23.565-DF, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo STF, n. 170). O princípio é o respeito à independência entre os Poderes. Um projeto de lei antes de ser aprovado passa por etapas internas em que a questão será examinada, devendo-se evitar uma decisão judicial precipitada e desnecessária. Como observa o Ministro Moreira Alves: "Não admito Mandado de Segurança para impedir tramitação de projeto de lei ou proposta de emenda constitucional com base na alegação de que seu conteúdo entra em choque com algum princípio constitucional."

E, não admito porque, nesse caso, a violação da Constituição só ocorrerá depois de o projeto se transformar em lei ou a proposta de emenda vir a ser aprovada. Antes disso, nem o Presidente da Casa do Congresso, ou deste, nem a Mesa, nem o Poder Legislativo estão praticando qualquer inconstitucionalidade, mas estão sim, exercitando seus poderes constitucionais referentes ao processamento de lei em geral. A inconstitucionalidade, nesse caso, não será quanto ao processo da lei ou da emenda, mas, ao contrário, será da própria lei ou da própria emenda, razão por que só poderá ser atacada depois da existência de uma ou de outra” (RTJ, 99:1040). A Suprema Corte não conhece de ação direta de inconstitucionalidade com fundamento em vício formal do processo legislativo, por desrespeito a normas regimentais, entendendo tratar-se de questão interna corporis (ADIn 2.038-BA, red. P/ac. Min. Nelson Jobim, j. 18- 8-1999, Informativo STF, n. 158).”

### 2.2.1 Atos do Poder Legislativo

Sobre os atos legislativos existentes temos as Emendas Constitucionais, que alteram o texto da Constituição, sendo aprovadas por no mínimo 3/5 de todos os membros do Congresso Nacional em cada Casa Legislativa, dispensados a sanção ou veto do Presidente da República.

As Emendas Constitucionais estão sujeitas a limites formais, também chamados de adjetivos, procedimentais ou processuais, dispostos na própria Constituição, que quando não observados geram inconstitucionalidade das normas, e o vício é insanável. Outro limite pelo qual as Emendas Constitucionais estão sujeitas é o limite material, também chamado substantivo, recaindo sobre as cláusulas pétreas. São cláusulas pétreas por exemplo os direitos e garantias fundamentais dispostos no artigo 5º da Constituição Federal, matéria que não pode ser reduzida ou suprimida, podendo ser apenas ampliada.

Quando o Poder Judiciário for provocado, os vícios existentes poderão ser fiscalizados e reconhecidos, sendo retirados do ordenamento jurídico.

Na doutrina e jurisprudência é discutido se existem regras de procedimento próprias, estabelecidas pelos regimentos internos do Congresso Nacional e das Casas Legislativas, sendo essas regras suficientes para tornar nula uma Emenda Constitucional de forma absoluta caso não sejam observadas.

É aceitável que estas normas regimentais não possuem força para gerar nulidade absoluta ou inconstitucionalidade de uma Emenda Constitucional que foi aprovada, uma vez que não existe previsão constitucional para tal. Também caso estas normas viessem a ter tamanha força, estariam tendo status de normas

constitucionais, sendo isso algo improprio pois não passaram pelo processo legislativo cabível, que é constitucional.

Temos também as Leis Complementares, que versam sobre matérias específicas. São aprovadas pela maioria absoluta dos membros de cada casa, ou seja, mais da metade dos membros, presentes ou ausentes. As Leis Complementares estão sujeitas a sanção ou veto do Presidente da República.

Seguindo, temos as Leis Ordinárias, ato típico do Legislativo, que versa sobre todo tipo de matéria, com exceção das matérias sujeitas a Lei Complementar e também de competência exclusiva do Congresso Nacional ou suas Casas. São aprovadas por maioria simples, ou seja, maioria dos parlamentares presentes, exigindo um quórum mínimo para início da seção de votação. Podem sofrer veto ou serem sancionadas pelo Presidente da República.

Existem também as Leis Delegadas, produzidas pelo Presidente da República, dependendo de autorização prévia do Legislativo, que é dada pelo Presidente do Congresso Nacional, especificando os limites de seu conteúdo, e este, sujeito aos mesmos limites materiais que regulam as Emendas Constitucionais e as Leis Complementares. Uma vez que são elaboradas pelo Presidente da República não sofrem veto ou são sancionadas pelo mesmo, entretanto pode o Congresso Nacional estabelecer que sejam aprovadas pelo Poder Legislativo, em única votação, sendo proibida qualquer emenda. Sobre as Leis delegadas dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 68, no §1º:

**Art. 68.** As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

**§ 1º** Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: [...]

Quanto as Medidas Provisórias, quando aprovadas pelo Poder Legislativo sem alteração em seu texto, não é necessária a sanção do Presidente da República, se assim não ocorrer, estarão sujeitas ao veto ou sanção do mesmo.

Tem-se os Decretos Legislativos, não sujeitos a veto ou sanção do Presidente da República, sendo atos exclusivos do Congresso Nacional. São exemplos o disposto no artigo 49 da Constituição Federal.

Finalmente, temos as Resoluções, que são de competência privativa do Congresso Nacional e de cada Casa, que geram efeitos internos para estas e para o Congresso Nacional.

Sobre o controle e fiscalização exercidos pelo Poder Executivo cabe mencionar o que foi abordado por Pinho (2006, p. 61-62):

“(...). Além da função legislativa, merece destaque a de fiscalizar e controlar os atos do Poder Executivo, incluídos os da Administração indireta (CF, art. 49, X). Essa fiscalização pode ser exercida das mais diversas formas: a) pedidos escritos de informações aos Ministros ou titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República, encaminhados pelas Mesas da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, devendo ser respondidos no prazo de trinta dias, sob pena de prática de crime de responsabilidade (CF, art. 50, § 2º); b) convocação de Ministros para esclarecimentos sobre assuntos de relevância de sua pasta (CF, art. 50, §1º); c) instalação de CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito), com poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, para apuração de fato certo por prazo determinado, com a remessa das conclusões para o Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil e criminal dos infratores (CF, art. 58, § 3º); e d) controle externo dos recursos públicos, com auxílio do Tribunal de Contas da União (CF, art. 71) e de uma Comissão Mista Permanente de orçamento (CF, arts. 166, § 1º, e 72).”.

### 2.2.2 Funções atípicas do Poder Legislativo

São funções de natureza jurisdicional ou executiva. A função de natureza jurisdicional é o que está disposta no artigo 52, inciso I da Constituição Federal, onde cabe ao Senado Federal julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade. O Presidente do Supremo Tribunal Federal é o juiz que preside os trabalhos do julgamento, realizado pelos juízes de fato, que são os parlamentares.

“Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;”

Já a função de natureza executiva, está relacionada a sua organização, concessão de férias, preenchimento de cargos, licenças, entre outros. São atos de gestão que não possuem dependência do Poder Executivo para seu cumprimento.

Logo, é possível compreender que o Poder Legislativo possui a função primordial de legislar, ou seja, traduzir, através das leis, o sentimento da sociedade, é a chamada *vox populi*, um fato que ocorre na sociedade e que por consequência

tenha elevado valor e trazendo uma mudança social, precisando ser normatizado e tem como função atípica a de fiscalizar se os outros Poderes estão ou não cumprindo estas mesmas normas e também fiscalizar seu próprio órgão.

### **2.3 Poder Judiciário: Características gerais, funções típicas e atípicas**

Ao Judiciário cabe, de forma típica, as funções de demonstrar o direito a ser aplicado no caso concreto, de forma a pacificar conflitos e resolve-los, levando a aplicação da lei, sendo sua função secundária as de administrar e legislar, estabelecendo o regimento interno de seus tribunais, administrando direitos de seus serventuários e magistrados, entre outros. Compõem o Poder Judiciário no âmbito federal os órgãos Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral, Tribunal Superior do Trabalho e Superior Tribunal Militar. Na esfera municipal não existem órgãos jurisdicionais. Os artigos 92 ao 126 da Constituição Federal dispõem sobre o Poder Judiciário.

#### **2.3.1 Funções típicas do Poder Judiciário**

Como já posto em questão, cabe ao Poder Judiciário de forma típica a atividade jurisdicional, julgar e aplicar a lei a um caso concreto, afim de resolver um conflito existente.

Para entender essa função é necessário saber que as ocasiões em que há julgamento pelo Poder Judiciário, existem características ou princípios fundamentais a serem seguidos, principalmente: Devido Processo Legal, Imparcialidade, Lide, Inercia e Definitividade. Denominação feita por César Rebello Pinho (2006, p. 118).

A jurisdição exige a existência da lide que é entendida como pretensão resistida ou insatisfeita, uma vez que não foi possível resolver a questão de forma pacífica.

A inercia existe pelo fato de o Poder Judiciário só passar a se manifestar quando for provocado. Existem algumas exceções a essa regra, postas por Pedro Lenza (2006, p. 369), uma delas é a possibilidade de Habeas corpus de ofício pelo magistrado, disposta no artigo 654, parágrafo 2º do Código de Processo Penal:

Art. 654. O habeas corpus poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.

§ 2º Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

Nesta hipótese existe colisão entre o Princípio Fundamental da Liberdade e o Princípio Fundamental do Poder Judiciário, devendo então a liberdade do indivíduo ser tratada preferencialmente.

Na imparcialidade o juiz deve atuar de forma neutra, não praticando atos que cabem as partes.

Por devido processo legal há o entendimento que a jurisdição deve prestar seu serviço de forma a obedecer às formalidades legais, está disposto no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Sobre a definitividade, tem-se as decisões que surgem por causa do poder jurisdicional, com a capacidade de se tornarem imutáveis, chamada de coisa julgada, ocorrendo apenas após o decurso da fase recursal.

### 2.3.2 Funções atípicas do Poder Judiciário

São de suma importância para a manutenção da independência e autonomia desse poder perante os demais. Na função de natureza legislativa o Poder Judiciário exerce a sua independência de estabelecer seu regimento interno, sendo nesse caso estabelecido pelos seus tribunais. Na função executiva, cabe ao Judiciário a administração de seus servidores e serviços. Conforme menciona o artigo 96, Inciso I, da Constituição Federal, cuja análise e leitura ficam a critério do leitor.

O Poder Judiciário possui a função primordial de aplicar o direito ao caso concreto, exercendo uma jurisdição complementar no tocante ao Poder Legislativo, uma vez que este elabora a lei visando um caso abstrato, enquanto aquele aplica a mesma no caso concreto, tendo função atípica de legislar, sendo competente para elaborar seu regimento interno e também administrativo.

## 2.4 Supremo Tribunal Federal: criação, funções

O Supremo Tribunal Federal foi criado e estruturado pelo Decreto nº 848 de 11/10/1890, sendo editado pelo Governo Republicano Provisório, entretanto já era inspiração da monarquia. É o órgão máximo do Poder Judiciário, com sede em Brasília exercendo jurisdição por todo território nacional.

Sua competência está dividida em originária e em recursal. Como competência originária está a sua função de processar e julgar as causas contidas no artigo 102, inciso I, alíneas a à q, da Constituição Federal, cuja leitura fica a critério do leitor. Dentre estas está o controle de constitucionalidade, análise do mandado de injunção, bem como julgar as autoridades superiores nas infrações penais de natureza comum. Como competência recursal ordinária está a função de julgar o *Habeas Corpus*, o Mandado de Segurança, o *Habeas data*, Mandado de Injunção, decididos em única instância pelos tribunais superiores, se denegatória da decisão. Como extraordinária, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão que foi recorrida for contrária a Constituição Federal.

Para garantir a independência do Supremo Tribunal Federal, a Constituição Federal certificou seu autogoverno e o poder de elaborar as suas propostas orçamentárias. Possui autonomia administrativa, onde organiza suas secretarias e serviços auxiliares.

### 2.4.1 Supremo Tribunal Federal: Corte Constitucional ou apenas guarda da Constituição Federal?

Com a Constituição Federal de 1988 o Supremo Tribunal Federal teve sua competência reestruturada, passando conteúdos que envolviam controle constitucional para a competência do Superior Tribunal de Justiça e adquirindo novas competências. Com isso aumentou o debate a respeito de quem seria o Supremo Tribunal Federal, se um tribunal superior como corte constitucional ou uma instância de guarda da Constituição.

De fato, não existe um consenso entre os pensadores jurídicos. Para chegar a uma resposta é necessário analisar a concepção de corte constitucional. De forma técnica e concepção lata de corte judicial ou de controle de constitucionalidade é cabível concluir que o Supremo Tribunal Federal é uma corte constitucional.

A **concepção lata** de corte constitucional prevê que qualquer órgão, tendo atribuições de cuidar do cumprimento legislativo, administrativo e judicial da Constituição Federal, de forma exclusiva ou mesmo compartilhada merece ser qualificado como corte constitucional. Sendo o único requisito neste caso ter como algumas de suas responsabilidades a guarda da normatividade e do texto da carta política de um Estado (NOVELINO, 2007, p. 280).

Uma forma mais refinada desta linha de pensamento se dá quando é acrescentado mais um requisito, que é a corte ser também uma instância judicial. Nesse caso ela não só cuida da carta magna como também exerce atividade judicial, formando então um Tribunal Constitucional, exercendo o controle jurídico e jurisdicional da Constituição Federal. Quem assim o faz é o sistema de controle difuso norte-americano. Cabendo o Supremo Tribunal Federal nesse raciocínio.

Outra vertente da concepção lata é entender que as cortes constitucionais seriam todos os órgãos que verificam a constitucionalidade de forma abstrata, concentrada, das leis em geral ou leis específicas e atos normativos, privativamente ou acumuladamente. Aqui o Supremo Tribunal Federal também é qualificado para tal.

Entretanto muitos doutrinadores não vislumbram essa visão generalizada, trazendo uma análise mais estrita e política. Não definindo o Supremo Tribunal Federal como corte constitucional, mas apenas um guarda maior das leis, entregues principalmente ao Judiciário.

A segunda **concepção, estrita**, tem sua base na origem histórica do termo “corte constitucional”, exigindo que o órgão atenda um número maior de requisitos para que haja reconhecimento do mesmo como corte constitucional.

Analisando o surgimento das cortes constitucionais, é sabido que tiveram início na Europa, em 1920, como órgão de controle político e ideológico, não apenas sistematizado, especializado, julgando somente a constitucionalidade dos atos e não os casos concretos, e exclusivo, pois apenas a corte constitucional possuía essa função, eram autônomos, não pertencendo ao Poder Judiciário ou qualquer outro Poder, nesse caso o Supremo Tribunal possui alguns requisitos mas carece de outros (SILVA, 1995, p. 526).

Primeiramente o Supremo Tribunal Federal não é uma corte autônoma, na verdade é cúpula máxima do Poder Judiciário. É responsável pelo controle de constitucionalidade e também pelo julgamento de recursos de casos concretos, que são os recursos extraordinários vindos de instâncias inferiores onde foi discutido a

constitucionalidade. Pondo fim nesse caso a questão da exclusividade, pois o Supremo Tribunal Federal também exerce o controle difuso e o julgamento de questões como crimes políticos e Mandados de Segurança, e não apenas isso, a competência para cuidar da carta magna de certo modo se estende por toda organização judicial (PUCCINELLI JÚNIOR, 2013, p. 521).

O controle feito pelo Supremo Tribunal Federal é, em sua maioria, técnico-jurídico. Aos ministros não é cabível avaliar as questões morais, políticas, econômicas de forma restrita. Eles devem analisar as regras e padrões próprios do seu sistema jurídico para decidir. Por isso mesmo é que entra em questão a forma que os ministros são escolhidos. São nomeados pelo Presidente da República, após sabatina e aprovados pela maioria absoluta dos membros do Senado. É exigido notável saber jurídico, o que por sua vez demonstra que o cargo é mais técnico, ao invés de político.

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal não pode ser classificado corte constitucional, analisando o que é exposto em sentido estrito. Ele não é majoritariamente político e nem é o único a guardar a Constituição.

Mesmo se houver redução da competência a matéria constitucional, “isso não o converte em Corte Constitucional”, é o que afirma José Afonso da Silva (1995, p. 527). Todavia, outros doutrinadores adotam critérios mais amplos para tratar se o Supremo Tribunal Federal seria ou não corte constitucional, deixando a entender que o mesmo se encaixa em uma espécie desta. É o caso de Alexandre de Moraes (2013, p. 562), ao afirmar que: “a função precípua do Supremo Tribunal Federal é de Corte de Constitucionalidade, com a finalidade de realizar o controle concentrado de constitucionalidade no Direito Brasileiro”.

Independente dos critérios utilizados para identificar o Supremo como Corte Constitucional ou não, a saber se é um órgão especializado, autônomo e político, assim como é a corte constitucional francesa, não há como diminuir ou questionar a importância do Supremo Tribunal Federal. Enquanto alguns países escolheram um sistema único, o Brasil adotou um sistema variado de controle de constitucionalidade,

combinando padrões do modelo americano com o do modelo europeu (BARROSO, 2013, p. 562).

Apesar de o Supremo Tribunal Federal não possuir exclusividade ou autonomia na função de guarda do sistema constitucional, ele ainda é caracterizado como órgão máximo de controle, e é chamado por vezes de corte constitucional, formalmente ou não, como acreditam o atual ministro Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 990), e o anterior Ministro Oscar Dias Corrêa (Apud SILVA, 1995, p. 527).

### 3 O EFEITO BACKLASH E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

#### 3.1 Conceituação do efeito Backlash

Conforme a descrição posta por Linda Krieger (2000, p. 476-477), é a imagem de um carretel de pesca, encoberto, indo a frente de si próprio, tornando-se um emaranhado. Desse modo, segundo a autora, o backlash tem relação com parte de um mecanismo ou processo que fica muito à frente de outro, sobrepondo o mesmo.

Buscando ainda uma definição para o termo, o Dicionário de Cambridge<sup>2</sup>, de inglês britânico, o traduz como “um sentimento forte entre um grupo de pessoas em reação a uma mudança ou um evento recente na sociedade ou na política”. Desse modo o vocábulo demonstra uma reação a algum impulso, uma espécie de rechaço.

Em uma análise jurídica, feita pelos professores estadunidenses, Post e Siegel (2007, p.4), backlash significa o desejo de influenciar o conteúdo de uma Constituição expressado por um povo livre, sendo este conteúdo ameaçador a independência do Direito. Para os professores backlash é quando a necessidade da Ordem Constitucional de legitimidade democrática se choca com a integridade do Estado de Direito.

Segundo Siegel e Greenhouse (2011), o crescimento de conflitos, a contramobilização (referido como backlash), é uma resposta ao crescente apoio público a mudança, podendo ter relação com a revisão judicial. Para Cass Sunstein (2007, p. 436), este efeito é uma intensa e permanente desaprovação pública de uma decisão judicial, sendo acompanhada de manifestações agressivas em forma de resistência, buscando excluir a força jurídica desta decisão.

Seguindo, novamente com a professora Krieger:

Minha premissa central é simples: backlash é sobre a relação entre um regime legal promulgado para efetuar a mudança social e o sistema de normas existentes e práticas institucionalizadas nas quais ele é introduzido. Especificamente, backlash tende a surgir quando a aplicação de um regime legal transformador gera resultados que divergem, muito fortemente, de normas e instituições arraigadas, às quais segmentos influentes da população retêm fidelidade forte e consciente. Em algumas situações, essas normas e instituições podem ser aquelas diretamente atingidas pela nova lei. Em seu núcleo, backlash é sobre a relação entre um regime jurídico transformador e as normas sociais tradicionais e práticas institucionalizadas que ele implica (KRIEGER, Linda Hamilton. Op. cit. p. 477).

No Brasil, o termo foi conceituado por George Marmelstein (2016, p. 2-4), como “uma reação adversa não-desejada à atuação judicial (...) é, literalmente, um contra-ataque político ao resultado de uma deliberação judicial”. George Marmelstein esclarece, ainda, que o objetivo do ataque não é simplesmente o fundamento jurídico da decisão proferida, mas sim a questão ideológica envolvida sobre o tema base da decisão.

O professor brasileiro Carlos Bolonha (2013, p. 170-190), define o efeito como uma prática usada pela opinião pública de forma a contestar normativamente as decisões judiciais de caráter constitucional, com o intuito e influenciar as mesmas, alterando as normas constitucionais, buscando maior legitimidade democrática a jurisdição. Maria Bunchaft (2016, p. 994), dá novo nome ao fenômeno “refluxo social”, definindo o mesmo como uma série de efeitos inspirados graças a uma postura ativista dos juízes ou de tribunais.

Em resumo, o efeito backlash pode ser definido como uma forma de reação a decisões judiciais, que possuem um forte teor político e são temas de grande relevância social, por vezes polêmicos, não sendo ainda uma questão consolidada no pensamento de uma população, por causa dessa divisão de opiniões a respeito do tema surge uma insatisfação pela parte que se apresenta como sendo desfavorecida, e esta faz uso dos meios cabíveis para tornar ilegítima a decisão estabelecida ou tentar alterá-la. É uma forma de mudança de uma norma que foi imposta.

Entretanto, Cass Sunstein (Op. cit. p. 1-22), não contempla de forma positiva o forte ativismo judicial, uma vez que, segundo a sua visão, tais mudanças deveriam passar por um processo mais democrático, ou seja, assim como ocorre nas Casas Legislativas do Congresso.

Porém Post e Siegel (Op. cit. p. 4.), apresentam uma visão mais positiva a respeito de tal efeito, sendo um forte viés representativo, o desejo do povo de influenciar o conteúdo de uma Constituição.

Numa forma mais clara de compreender tal fenômeno, é de suma importância destacar o que afirma Marmelstein (Op. cit. p. 5-7), que descreve em um breve resumo como ocorre o efeito backlash:

O processo segue uma lógica que pode assim ser resumida. (1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados

de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim e ao cabo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão.

Ocorre que após a oposição feita contra o regime legal instaurado de forma pública, fundamentada em afirmações de legitimidade ou superioridade do direito almejado em relação ao anterior, com o objetivo de tornar ilegítima tal decisão, gera efeitos como: tentativas de limitar o grupo beneficiado pelo novo regime legal, alegações de injustiça quanto as novas regras legais aplicadas, alegações de resultados absurdos e normativamente indesejáveis, e ainda ataques retóricos e diversas tentativas de tornar agentes de aplicação da lei ilegítimos. (KRIEGER, Op. cit. p. 493).

Por fim, a decisão judicial que tinha por intuito proporcionar direitos as minorias, atinge diversas vezes o contrário, como um efeito colateral, insatisfação por parte mais conservadora da população, gerando um ambiente propício para derrogar direitos que foram adquiridos penosamente, e conseqüentemente o retrocesso.

### **3.2 Contexto histórico do efeito Backlash e breves discussões**

No ano de 1972, a Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Furman v. Georgia*<sup>3</sup>, decidiu que a pena de morte seria incompatível com a oitava emenda da constituição norte-americana, a qual proíbe a adoção de penas incomuns e cruéis, numa votação por 5 a 4. Parecia ser o fim da pena de morte, entretanto houve uma reviravolta surpreendente. A Suprema Corte, com sua postura liberal, ao invés de promover um consenso quanto ao exagero dessa punição, provocou maior fortalecimento do grupo conservador, que por sua vez obteve nas eleições seguintes, tamanha vitória política a ponto de conquistar diversos cargos no parlamento e no executivo, com a bandeira política a favor do enrijecimento da legislação penal.

Uma vez conquistado maior espaço político, os grupos conservadores conseguiram ampliar a prática da pena de morte, aumentando o rigor da legislação penal através da aprovação de leis. Em 1976, a Suprema Corte, (*Gregg v. Georgia*)<sup>4</sup>, diante do cenário político existente, passou a entender que, sendo observados alguns quesitos, a adoção dessa pena seria compatível com a oitava emenda da constituição, o que permitiu que os estados pudessem prever tal pena para crimes mais graves.

Conforme a decisão proferida no caso *Furman v. Georgia* e a vitória eleitoral em maior parte dos grupos favoráveis a pena de morte, a quantidade de estados que começaram a adotar a pena capital aumentou em relação ao momento anterior. Tal mudança ocorreu devido a opinião pública provocada pela reação contrária a postula liberal da Suprema Corte. Por fim, o intuito de acabar com a pena de morte através das vias judiciais provocou um efeito inverso, prejudicando os que defendiam a tese que abolia a pena. Esse exemplo define bem o que é o efeito backlash do ativismo judicial, que pode ser entendido como um efeito colateral das decisões judiciais referentes a assuntos polêmicos, que decorre de reações do poder político contra o intuito do poder jurídico de controlá-lo.

O efeito backlash pode gerar questionamentos quanto aos verdadeiros benefícios gerados pela jurisdição constitucional em sua luta pela execução de direitos fundamentais. Ainda que alguns busquem promover teses liberais, precisam antes ter consciência dos riscos que essa postura possui ao ser solucionada nas vias judiciais. Como propõe Michael Klarman (2011), decisões judiciais que envolvem assuntos polêmicos e geram grande resistência geralmente tem como resultado o retrocesso, ainda que a curto prazo, e também produz efeitos imprevisíveis no âmbito político.

Klarman deixa a entender que a jurisdição constitucional em vias judiciais pode não ser o local ideal para implementação de direitos, ao invés disso, pode ser um ambiente prejudicial a conquista dos mesmos, fazendo com que o judiciário fique inerte objetivando não influenciar a luta por esses direitos que acontece na via política. Ou seja, diante de um momento onde não existe certeza a respeito das consequências políticas sobre um assunto não consolidado, é mais viável deixar o problema sem resposta jurisdicional, até que o tema esteja amadurecido no pensamento da sociedade.

Surge então um questionamento: seria o risco existente de uma reação por parte do conservadorismo, motivo para justificar o abandono das vias judiciais como local de luta para obtenção ou implementação de direitos? Há exemplos que mostram

que não, onde o efeito backlash não gerou prejuízos para um grupo ou para sociedade. O caso que envolve a luta pela igualdade sexual é um exemplo que mostra a importância em certos casos, da via judicial para proteção de minorias, ocorrido por exemplo nos Estados Unidos.

No ano de 2003, com a opinião pública dividida sobre a questão da concessão de direitos decorrentes da união homoafetiva, a Suprema Corte decidiu que não seria juridicamente aceitável discriminação de qualquer tipo entre casais heterossexuais e casais homossexuais (*Goodridge v. Department of Public Health*)<sup>5</sup>, tal decisão gerou uma série de resistências por parte dos grupos conservadores, onde o discurso contrário aos homossexuais ganhou mais força. No âmbito político tiveram início várias propostas legislativas no intuito de proibir e impedir o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Graças a essas propostas foram aprovadas em âmbito estadual leis e emendas constitucionais que negavam aos homossexuais o direito de casar e alguns mais.

Esses desdobramentos, frutos do caso citado, ainda que tenham gerado certos retrocessos, permitiram, porém, uma melhor compreensão da causa gay. Com a mudança da opinião pública, desta vez a favor dos homossexuais, foi fortalecido o entendimento de que houve injustiça e discriminação por orientação sexual. Por isso, em 2015, a Suprema Corte reconheceu o direito dos homossexuais ao casamento e invalidou todas as normas que o proibiam (*Obergefell v. Hodges*)<sup>6</sup>. Houve nesse caso um efeito backlash do efeito backlash, ou backlash reverse, que também será tratado nesse trabalho.

### **3.3 O efeito Backlash no Brasil. Análise de casos.**

No Brasil o efeito backlash também é notado, principalmente devido ao aumento da participação do Poder Judiciário nos últimos tempos. Também é visível o crescimento de grupos conservadores. A cada novo tema que é debatido e passa pelo crivo do Supremo Tribunal Federal, é manifestada no âmbito político a busca pela aprovação de medidas pelo Legislativo para reverter a definição dada pelo Judiciário. Tem-se o exemplo da validação jurídica das uniões homoafetivas pelo Supremo Tribunal Federal, que acarreta no âmbito político o crescimento de grupos a favor do Estatuto da Família, com intenção de retirar as relações homoafetivas da proteção do

Estado. Outros exemplos onde pode ser destacado o efeito backlash é na Lei da Ficha Limpa e no Caso Vaquejada, adiante serão abordados tais casos.

### 3.3.1 União homoafetiva

No dia 5 de maio de 2011, foi reconhecida em votação unânime pelo Supremo Tribunal Federal, a família homoafetiva, conferindo o direito de união estável para os casais homossexuais. Tal decisão foi proferida no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277-DF, ajuizada pela Procuradoria Geral da República, com base no artigo 1.723 do Código Civil, pedindo para que também fosse reconhecida a incidência do mesmo sobre uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Conforme omissão do Legislativo sobre o tema, o governo do estado do Rio de Janeiro ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, com alegação de que o não reconhecimento da união homoafetiva fere preceitos fundamentais presentes na própria Constituição Federal, os quais são igualdade, liberdade e o princípio da dignidade da pessoa humana. O Supremo Tribunal Federal afastou a expressão “homem e mulher” presentes no Código Civil, permitindo a interpretação extensiva, incluindo casais do mesmo sexo.

Foram favoráveis o Ministério Público Federal e a Advocacia-Geral da União, porém houve manifestação contrária por parte dos grupos conservadores ligados à Igreja, participando como *amicus curiae*, como por exemplo a Associação Eduardo Banks e a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) que afirmou<sup>7</sup> em nota: "O matrimônio natural entre o homem e a mulher bem como a família monogâmica constituem um princípio fundamental do Direito Natural" e "Equiparar as uniões entre pessoas do mesmo sexo à família descaracteriza a sua identidade e ameaça a estabilidade da mesma". Também participaram como *amicus curiae* diversos grupos favoráveis a decisão.

O Legislativo, apesar de ter permanecido inerte, contribuindo para que o Supremo deliberasse sobre a matéria, possui fundamental importância na regulamentação das consequências jurídicas decorrentes dessa decisão, principalmente por haver ainda muita resistência envolvendo questões que envolvem a família tradicional e os direitos dos homossexuais e população LGBT, inclusive entre os parlamentares. O Supremo Tribunal Federal teve o cuidado em sua decisão ao equiparar e estender o direito aos casais do mesmo sexo, mantendo o Legislativo

como o responsável por deliberar a respeito das possíveis consequências, como foi manifesto pelo ex-Ministro e também ex-Presidente do Supremo Cezar Peluso:

[...] da decisão da Corte, importantíssima, sobra espaço dentro do qual, penso eu, com a devida vênia - pensamento estritamente pessoal - tem que intervir o Poder Legislativo. O Poder Legislativo, a partir de hoje, deste julgamento, 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, p. 876).

Parlamentares a favor da decisão apresentaram o Projeto de lei nº 612/2011, acrescentado em 2013 ao Projeto de lei nº 5120/13 que altera artigos do Código Civil, reconhecendo o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Anteriormente já tramitava o Projeto de Lei nº 1151/1995 que tratava do mesmo assunto.

Entretanto a decisão provocou reação contrária na comunidade jurídica, em Goiânia, ocorreu que o juiz titular da Vara da Fazenda Pública anulou de ofício um contrato de reconhecimento de união estável entre casal do mesmo sexo e determinou que os cartórios se recusassem a registrar essas uniões<sup>8</sup>, por conseguinte tal decisão foi cassada pela Corregedoria do Tribunal de Justiça de Goiás. Lênio Streck (2011), entende como ativista a conduta do Supremo.

Também houve reação contrária por parte da sociedade. Em pesquisa feita pela Fundação Getúlio Vargas, entre 14 e 20 de julho de 2011, onde 1.200 pessoas nos estados do Rio de Janeiro e São Paulo foram entrevistadas, 21% afirmaram que das decisões do Supremo Tribunal Federal, a que tratou da união homoafetiva foi a que mais chamou atenção e 40% afirmaram que essa decisão deveria ser tomada pela população por meio de plebiscito, mesmo concordando com a aprovação da decisão pelo Supremo<sup>9</sup>.

Em pesquisa feita pelo Ibope, divulgada em 28 de julho de 2011, 55% dos entrevistados afirmaram ser contra a decisão de ampliar a interpretação da lei aos casais homoafetivos e conceder-lhes o direito a união estável<sup>10</sup>.

O Supremo Tribunal Federal precisou expedir a Resolução nº 175, de 14/05/2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), uma vez que diversos cartórios e juízes passaram a recusar habilitação e celebração do casamento civil entre casais de pessoas do mesmo sexo, como exemplo, houve a negativa de pedido de habilitação para casamento negado em Goiânia, na 1ª Vara de Família e Sucessões,

pela juíza Sirlei Martins da Costa<sup>11</sup>. Tal resolução esclarece o assunto, tratando de mostrar a desigualdade de tratamento que estava ocorrendo. A mesma foi questionada por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4966, formulada pelo Partido Social Cristão (PSC), e pelo Mandado de Segurança 32077, rejeitada de imediato quanto ao mérito em decisão do ministro relator.

Um exemplo de que o pensamento ainda não estava consolidado e tendo dificuldades para ser aceito foi o Projeto de Decreto Legislativo<sup>12</sup> nº 234/2011, apresentado pelo deputado João Campos do PSDB de Goiás, popularmente conhecido como “cura gay”.

### 3.3.2 Lei da Ficha Limpa

Outro caso em que pode ser observado o efeito backlash é o da Lei Complementar nº 135/2010, conhecido como “Lei da Ficha Limpa”, essa Lei modificou a Lei Complementar nº 64/1990, “Lei das Inelegibilidades”, visando melhorias no sistema eleitoral. Ela aumentou as possibilidades de situações que podem impedir que a candidatura seja registrada após análise da vida pregressa do candidato, estendeu o tempo de inelegibilidade para oito anos e tornou mais ágil os processos judiciais que tratam desse assunto. Parte da lei prevê<sup>13</sup>:

e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: 1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; 2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência; 3. contra o meio ambiente e a saúde pública; 4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade; 5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; 6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; 7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos; 8. de redução à condição análoga à de escravo; 9. contra a vida e a dignidade sexual; e 10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando;

Diversos grupos da população brasileira manifestaram-se nos anos de 1996 e 1997 através da campanha conhecida como “Combatendo a corrupção eleitoral”, sendo iniciada pela Comissão Brasileira de Justiça e Paz (CBJP), juntamente com a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), visando a punição dos políticos que comprovadamente prejudicaram a administração pública, contribuir para o aumento

da idoneidade dos candidatos em atuação e os vindouros e de forma geral combater a corrupção nacional.

O movimento ganhou força em 2008 com a “Campanha Ficha Limpa”, que foi liderada pelo Movimento de Combate a Corrupção Eleitoral (MCCE), que obteve apoio de mobilizações na internet por meio do Facebook, Twitter e do site Avaaz.org. Por mais de um ano o movimento conseguiu coletar 1.300.000 (Um milhão e trezentos mil) assinaturas entre os estados do Brasil e no Distrito Federal.

Em junho de 2010 foi sancionado o Projeto de Lei de Iniciativa Popular nº 519/09, pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, na Lei Complementar nº 135/2010. Após o feito, houve pressão popular para sua aplicabilidade imediata nas eleições de outubro do mesmo ano. O Tribunal Superior Eleitoral então, começou a aplicar a lei, indeferindo a candidatura de políticos condenados pela Justiça. Porém, vários candidatos passaram a buscar as vias judiciais, alegando ser a lei inconstitucional, pois existia uma lei contrária a alterações no processo eleitoral no mesmo ano das eleições. A responsabilidade em definir se era inconstitucional ou não passou a ser do Judiciário, pois ficou a cargo do mesmo se manifestar como guarda da lei.

Tal questão foi levada a julgamento, iniciando em 2011 e finalizado em 2012, pelo Supremo Tribunal Federal, o mesmo decidiu pela aplicação a partir das eleições de outubro de 2012, conforme o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29, iniciada pelo Partido Popular Socialista, da nº 30, iniciada pelo Conselho Federal da OAB, e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº4578, iniciada pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL)<sup>14</sup>, prevalecendo a observância ao princípio da legalidade e segurança jurídica, respeitando o artigo 16 da Constituição Federal, que afirma<sup>15</sup>: “A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”.

O Ministro Luiz Fux, devido ao julgamento, referindo-se ao Supremo e a toda manifestação social, citou o efeito backlash, em outras palavras como “descompasso entre a sua jurisprudência e a hoje fortíssima opinião popular a respeito do tema”. Acompanhou a teoria de POST e SIEGEL, enxergando como favorável para democracia a manifestação da sociedade, ainda que esta venha ser contrária a decisão do Supremo Tribunal Federal, onde o fato da sociedade ter participação

demonstra que a mesma está atenta as decisões proferidas, o que será considerado em futuros temas a serem resolvidos. Em seu voto:

É crescente e consideravelmente disseminada a crítica, no seio da sociedade civil, à resistência do Poder Judiciário na relativização da presunção de inocência para fins de estabelecimento das inelegibilidades. Obviamente, o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular. POST e SIEGEL, debruçados sobre a experiência dos EUA – mas tecendo considerações aplicáveis à realidade brasileira –, sugerem a adesão a um constitucionalismo democrático, em que a Corte Constitucional esteja atenta à divergência e à contestação que exsurtem do contexto social quanto às suas decisões. Se a Suprema Corte é o último player nas sucessivas rodadas de interpretação da Constituição pelos diversos integrantes de uma sociedade aberta de intérpretes (cf. HÄBERLE), é certo que tem o privilégio de, observando os movimentos realizados pelos demais, poder ponderar as diversas razões antes expostas para, ao final, proferir sua decisão. Assim, não cabe a este Tribunal desconsiderar a existência de um descompasso entre a sua jurisprudência e a hoje fortíssima opinião popular a respeito do tema “ficha limpa”, sobretudo porque o debate se instaurou em interpretações plenamente razoáveis da Constituição e da Lei Complementar nº 135/10 – interpretações essas que ora se adotam. Não se cuida de uma desobediência ou oposição irracional, mas de um movimento intelectualmente embasado, que expõe a concretização do que PABLO LUCAS VERDÚ chamara de sentimento constitucional, fortalecendo a legitimidade democrática do constitucionalismo. A sociedade civil identifica-se na Constituição, mesmo que para reagir negativamente ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 30 DF. 2012).

### 3.3.3 Caso Vaquejada

Continuando com os casos nacionais onde pode ser observado o efeito backlash, tem-se o embate que ocorreu no caso da vaquejada. No ano de 2013 a Assembleia Legislativa do Ceará sancionou a Lei nº 15.299/13<sup>16</sup>, que regulou a vaquejada no estado citado como prática cultural e desportiva, estipulando em seu artigo 1º que os animais não devem ser prejudicados e para isso sejam tomados os cuidados necessários, além disso, determinando em seu artigo 4º, a adoção de medidas protetivas a integridade física e saúde dos animais.

Entretanto o Ministério Público manifestou posição contrária a lei, afirmando inconstitucionalidade da mesma, e que feria o disposto no artigo 225 da Constituição Federal, em seu inciso VII, no parágrafo 1º, que determina a proteção da fauna, sendo proibida a prática que submetem os animais a crueldade. Desse modo, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade foi ajuizada, de nº 4.983<sup>17</sup>, com o argumento de que a

prática da vaquejada viola o texto constitucional devido aos maus tratos sofridos pelos animais. A vaquejada é uma prática desportiva onde duas pessoas tem o objetivo de derrubar um boi em uma área antecipadamente demarcada, praticada principalmente no Nordeste do país.

O Ministro Marco Aurélio, relator da ação, mencionou que a temática envolve a defesa da manifestação popular e a crueldade a que os animais estão sujeitos, lembrando de exemplos como a “briga de galos” e a “farra do boi”. Para ele os laudos técnicos apresentados no processo comprovaram fielmente as consequências prejudiciais à saúde dos animais envolvidos na prática, desse modo estaria comprovada a violação ao texto constitucional, e lembra que mesmo a lei prevendo que a vaquejada deva ser praticada sem ameaças a saúde dos animais, isso seria impossível na prática, uma vez que é fundamental na prática desportiva da vaquejada a perseguição do animal, puxa-lo e derruba-lo pelo rabo. Em seu voto:

Os precedentes apontam a óptica adotada pelo Tribunal considerado o conflito entre normas de direitos fundamentais – mesmo presente manifestação cultural, verificada situação a implicar inequívoca crueldade contra animais, há de se interpretar, no âmbito da ponderação de direitos, normas e fatos de forma mais favorável à proteção ao meio ambiente, demonstrando-se preocupação maior com a manutenção, em prol dos cidadãos de hoje e de amanhã, das condições ecologicamente equilibradas para uma vida mais saudável e segura. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI/CE 4.983. Relator Ministro Marco Aurélio. Voto relator. p. 2-6. 2013)

O Ministro Edson Fachin, divergiu do voto do Ministro Marco Aurélio, para aquele, a vaquejada consiste em manifestação cultural, o que foi reconhecido antes pela Procuradoria Geral da República, em petição inicial. Juntamente com Fachin, 5 ministros divergiram, entendendo a constitucionalidade da lei, mesmo assim, venceu a tese afirmada pelo relator. Todavia, pouco mais de 1 mês após a declaração de inconstitucionalidade da lei, foi aprovada a Lei nº 13.364<sup>18</sup>, de 29 de novembro de 2016, pelo Congresso Nacional, que trata:

Art. 1º Esta Lei eleva o Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestações da cultura nacional e de patrimônio cultural imaterial. Art. 2º O Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artísticoculturais, passam a ser considerados manifestações da cultura nacional.

O Senado Federal também propôs o Projeto de Emenda à Constituição nº 50/2016<sup>19</sup>, acrescentando ao artigo 225 da Constituição Federal o parágrafo 7º, que dispõe:

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as manifestações culturais previstas no § 1º do art. 215 e registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, desde que regulamentadas em lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

Tanto o Senado quanto a Câmara aprovaram a PEC nº 50/2016, promulgada em 6 de junho de 2017, e por meio da Emenda Constitucional nº 96/2017<sup>20</sup>, o parágrafo 7º foi acrescentado ao artigo 225 da Constituição Federal.

Portanto, mesmo o Supremo Tribunal Federal tendo declarado a prática da vaquejada prejudicial ao animal envolvido, o Congresso Nacional interviu com a decisão contrariando a Corte, com o intuito de acabar de uma vez por todas com as dúvidas geradas pela prática da vaquejada, tornando a decisão proferida pelo Supremo inválida. Por isso, a vaquejada além de ser elevada à condição de patrimônio cultural imaterial, resguardando a sua realização em todo território nacional, também foi motivo para alteração do artigo 225 da Constituição Federal, usado como base na visão do Supremo Tribunal Federal.

Visto isso, surge então o questionamento: quem possui a última palavra ou decisão final? O Supremo ou o Legislativo? Tomando por base o caso da Vaquejada será tratado a questão adiante.

### **3.4 Supremo Tribunal Federal ou Legislativo: Quem tem a palavra final?**

#### **3.4.1 A palavra final do Supremo Tribunal Federal como guarda da Constituição Federal**

Todo o contexto decisivo que envolvia a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983 tinha como objetivo determinar se era válida ou não a lei do Estado do Ceará nº 15.299/2013. Para a Procuradoria Geral da República, a atividade na forma que era regulamentada, infringia o que estava disposto na Constituição Federal, uma vez que realizada, os animais eram submetidos a tratamento cruel e danoso, sendo colocados em locais fechados, levando açoites, além de terem o rabo torcido e serem derrubados

dentro da área demarcada, ocasionando lesões aos bovinos e também aos equinos que eram utilizados. A não conformidade com a Constituição tinha por base a proteção dada através do artigo 225, em seu parágrafo 1º, no inciso VII, que se refere ao meio ambiente, oferecendo proteção a fauna e impedindo práticas cruéis contra os animais, devendo o Poder Público cuidar dessa questão. Surgia então a dúvida, permitir a continuidade e expansão da prática como expressão cultural ou o Estado garantir a proteção aos animais.

Importante ressaltar que a prática é feita da forma já explicada devido a identidade cultural herdada dos fazendeiros que ao reunir o gado, muitas vezes criados de forma extensiva, perdiam alguns quando ocorria fuga, e após isso havia a contratação de vaqueiros para o resgate, cuja forma a ser realizado era exatamente como na prática desportiva. Depois tal atitude passou a ser espetáculo e fonte de renda para a região nordestina.

Localizado o embate no Poder Judiciário, ficou a cargo deste a atribuição de resolver a questão, que eram duas normas constitucionais em conflito, o desacordo de opiniões, a falta de representação democrática em instâncias inferiores e agora cabendo ao mesmo a validação ou não da prática desportiva.

A competência do Supremo Tribunal Federal para resolver o desacordo advém de expressa previsão de norma. A atuação da Corte nesse caso é iniciada conforme provocação das partes que tem interesse no assunto, como dispõe o artigo 103 da Constituição Federal. O texto confere ao Supremo a atribuição de guardião dos valores e normas, inclusive das que estão em conflito. Como expõe Luís Roberto Barroso (2005), é reconhecível uma relação direta entre o avanço e a expansão do Poder Judiciário, Cortes e Tribunais Constitucionais, e os modelos constitucionais efetivados após a Segunda Guerra Mundial. No Brasil, após a promulgação da Constituição Federal de 1988 esse novo sistema veio à tona.

Nesse sentido, existem posições a favor da última palavra ser dada por uma instituição judicial, também do monopólio judicial sobre a interpretação de uma norma constitucional, além dessas posições tem-se a positivação da competência do Supremo e jurisprudência da mesma Corte. De acordo com o artigo 102 da Constituição Federal, em seu caput e parágrafo 2º, cabe ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Carta Magna, além de decidir sobre direitos constitucionais. As decisões definitivas de mérito, de ADI e ADC, possuem eficácia “*erga omnes*” e efeito vinculante<sup>21</sup>, perante os demais órgãos do Poder Judiciário e perante a administração

pública direta e indireta, em todas os setores. Desse modo é válido afirmar, observando a norma, que existe uma competência evidente ao Supremo de guarda, que outorga poderes para o mesmo efetuar o filtro constitucional precipuamente.

No que se refere a jurisprudência, existe de forma clara uma ampla gama de argumentos pela defesa da força normativa da Constituição Federal, e também do monopólio pelo Supremo Tribunal Federal ao interpretá-la<sup>22</sup>, além da sua palavra como a última<sup>23</sup>:

**“ A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.**

– **O exercício** da jurisdição constitucional, que **tem** por objetivo **preservar** a supremacia da Constituição, **põe em evidência** a dimensão **essencialmente** política **em que se projeta** a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, **pois**, no processo de indagação constitucional, **assenta-se** a magna prerrogativa **de decidir**, em última análise, sobre a própria **substância** do poder.

– **No poder de interpretar** a Lei Fundamental, **reside** a prerrogativa extraordinária de **(re)** formulá-la, **eis** que a interpretação judicial **acha-se compreendida** entre os processos **informais** de mutação constitucional, **a significar**, portanto, que ‘A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la’. **Doutrina. Precedentes.**

– **A interpretação constitucional derivada** das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – **a quem se atribuiu** a função eminente de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102, ‘caput’)

– **assume papel de fundamental** importância na organização institucional do Estado brasileiro, **a justificar** o reconhecimento de que o modelo político-jurídico **vigente** em nosso País **conferiu** à Suprema Corte **a singular prerrogativa de dispor** do monopólio da última palavra **em tema** de exegese das normas **inscritas** no texto da Lei Fundamental.” (MS 26.603/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Controle de constitucionalidade de lei: convivência dos sistemas no Supremo Tribunal Federal. No STF - que acumula o monopólio do controle concentrado e direto da constitucionalidade de normas federais e estaduais com a função de órgão de cúpula do sistema paralelo de controle difuso, é de sustar-se a decisão da arguição incidente de ilegitimidade constitucional do mesmo ato normativo pendente da decisão do pedido de medida cautelar em ação direta. (STF - Pet-AgR-QO: 2066 SP, Relator: CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 02/08/2000, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 28-02-2003 PP-00007 EMENT VOL-02100-02 PP-00241)

(...) 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADIn 2.212 (Pl. 2.10.03, Ellen, DJ 14.11.2003), alterou o entendimento - firmado em período anterior à ordem constitucional vigente (v.g., Rp 1092, Pleno, Djaci Falcão, RTJ 112/504) - do monopólio da reclamação pelo Supremo Tribunal Federal e assentou a adequação do instituto com os preceitos da Constituição de 1988: de acordo com a sua natureza jurídica (situada no âmbito do direito de petição previsto no art. 5º, XXIV, da Constituição Federal) e com os princípios da simetria (art. 125, caput e § 1º) e da efetividade das decisões judiciais, é permitida a previsão da reclamação na Constituição Estadual. (...) (ADI 2.480, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, DJe de 15/6/2007)

AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO DIRETA QUE QUESTIONA A CONSTITUCIONALIDADE DE DECRETO ESTADUAL. FUNÇÃO NORMATIVA, REGULAMENTO E REGIMENTO. ATO NORMATIVO QUE DESAFIA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. ARTIGO 102, INCISO I, ALÍNEA a, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. REFORMA DO ATO QUE NEGOU SEGUIMENTO À ADI. 1. Estão sujeitos ao controle de constitucionalidade concentrado os atos normativos, expressões da função normativa, cujas espécies compreendem a função regulamentar (do Executivo), a função regimental (do Judiciário) e a função legislativa (do Legislativo). Os decretos que veiculam ato normativo também devem sujeitar-se ao controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal. 2. O Poder Legislativo não detém o monopólio da função normativa, mas apenas de uma parcela dela, a função legislativa. 3. Agravo regimental provido. (STF - ADI-AgR: 2950 RJ, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 06/10/2004, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 09-02-2007 PP-00016 EMENT VOL-02263-01 PP-00093)

Conrado Mendes (2011), afirma que os que defendem o monopólio ou a última palavra a respeito da interpretação da Constituição pelo Supremo, justificam essa questão como sendo uma exigibilidade do próprio Estado de Direito, atuando o Poder Judiciário como agente externo a política, por meio da imparcialidade, contribuindo para a dinâmica da separação dos poderes. Entende ainda, que a defesa por essa ideia é somada aos argumentos de que o Supremo protege os requisitos da democracia, assegura o seu processo de formação, protege os direitos fundamentais e o conteúdo referente aos direitos das minorias, impedindo a “tirania da maioria”. Para o autor, é difundida a ideia de Corte como emissária do povo, uma vez que possui condições técnicas e neutralidade, devido a mesma não ser um poder político, podendo sua decisão ser rejeitada por emenda ou nova Constituição, sendo este poder pertencente ao povo.

O fator chave que promove a importância dos juízes e tribunais como garantidores dos direitos constitucionais é a autonomia e independência em relação aos demais poderes. A não dependência política é um dos argumentos principais em favor do Poder Judiciário. Para Konrad Hesse (2008), a estrutura abrangente das normas exige do interprete e do aplicador um entendimento e abordagem mais concreta, uma vez que dentro da mesma norma existem posições majoritárias e minoritárias quanto a sua aplicação no processo constitucional. A estrutura política fundada na dignidade da pessoa humana, presente no artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal, coloca Magna Carta em um cenário fruto de luta entre majorias e minorias, onde a maioria já possui seu direito expresso e a minoria omitido, mas presente.

Para Mendes (Op. cit. 2011), o Parlamento não é a figura essencial da democracia, mas a conversão de uma instituição que exerceu outros propósitos noutros tempos. O comportamento legislativo por vezes barateia direitos fundamentais. A representação eleitoral não é o único meio possível para obter representação, mas sim uma representação agregativa, atomística.

Outra defesa a condição de última palavra pela revisão judicial tem por base a ideia de que o sistema que representa o povo promove desigualdade, uma vez que trabalha com a regra da maioria, e que por vezes age com insensibilidade as preferências das minorias, com o risco de obter resultados arbitrários, fugindo a democracia. Tratando apenas da maioria, considerando o ambiente de trocas políticas, é ingenuidade pensar numa igualdade argumentativa. Além disso, é preciso que exista a possibilidade de o cidadão participar desse processo, tendo o seu espaço respeitado no discurso público, sendo a igualdade alcançada pela consideração da individualidade em espaço soberano e não em decisões majoritárias (DWORKIN, 2014).

Portanto, o Supremo Tribunal Federal seria a instituição mais adequada para a interpretação final sobre as normas constitucionais, uma vez que está fora do cenário político. No caso da Vaquejada, ainda que exista um desacordo a respeito de sua legitimidade, o julgamento deveria ser lido como uma postura contra práticas tradicionais de acontecimentos que não fazem mais parte do cotidiano, devendo receber um novo significado. Pode-se entender que a localização da questão no Judiciário é fruto de uma minoria que não foi ouvida no passado na defesa dos direitos aos animais, uma questão atual. Cabendo agora aos juízes e tribunais promover o respeito e a consideração dessa busca. O ilegítimo nesse caso não é determinar a última palavra como sendo do Supremo, mas impedir a voz da minoria pela contestação da maioria.

#### 3.4.2 A palavra final do Legislativo como revisor da Constituição Federal

Com a promulgação da Emenda que trata da Vaquejada, fica evidente a existência de interpretação da Constituição Federal fora do Judiciário. Para Peter Haberele (1997), para que haja interpretação das normas constitucionais é necessário observar o contexto social envolvido. Existindo interpretes que não aceitam a posição

da Corte Constitucional, propondo uma concepção diversa do Judiciário, oriundos, muitas vezes de mobilizações sociais.

Para Reva Siegel (2006), quando a Corte decide de forma contrária ao pensamento social, não permitindo ou não respeitando um debate antecipado, afim de levar em consideração a posição do povo, este encontra formas para demonstrar a sua insatisfação e resistir a essas decisões, o movimento social altera o modo como a constituição é interpretada pelo Judiciário, e isso faz parte da cultura constitucional, um exemplo disso é a “ERA de fato” ou “The case of the Facto ERA”, ocorrida nos Estados Unidos, onde existiu a possibilidade de discussão sobre a “doutrina de igual proteção”, que proibia a discriminação sexual, consequência da derrota da “Emenda de Direitos Iguais” ou “Equal Rights Amendment” (ERA).

A cultura constitucional foge do tradicional processo legislar-interpretar, explorando as interações entre o cidadão e o Estado, tanto formais quanto informais, sendo eles os atos legislativos, a jurisdição, as audiências, emendas, campanhas, manifestações e protestos, o que permite a mobilização de forma oficial para a população deliberar em resposta as reclamações constitucionais.

Todavia, quando os movimentos que buscam uma mudança na tradição adquirem força, é certo que surge um movimento contrário com o intuito de estabelecer ou resgatar as ideias conservadoras, tem-se então o efeito “backlash”, gerando então desacordo e controvérsias culturais, e as constantes tentativas de convencimento oposto. A questão, portanto, está além do papel isolado dos juízes e tribunais.

O caso da Vaquejada mostra que as reações contra decisões advindas do Judiciário podem ser propostas pelo Legislativo, concedendo nova interpretação, totalmente contraria ao Supremo Tribunal Federal. Para Mendes (Op. cit. 2011), é preciso que seja reconhecida a última palavra por instituições representativas diretas ou de primeiro grau, uma vez que a vontade popular isolada é apenas um estado mental ou simples reprovação de um ato público ou privado.

Pensando nas manifestações e mobilizações, em especial no caso Vaquejada, tem-se a ideia de “devolver a Constituição para o Povo”, tirando dos Tribunais a competência para decidir a palavra final nas questões envolvendo a Carta Magna. Possuindo maior expressão o Poder Legislativo, como apto a interpretação final das normas presentes na Constituição Federal. Surgem então as teorias que contrapõe o Judiciário como legitimado.

Dentre os argumentos que objetivam priorizar a interpretação dada pelo Legislativo a respeito da Constituição, destaca-se o que considera ser este o mais próximo do exercício da democracia, considerando que os representantes ali postos são a representação da manifestação popular, ainda que indireta. Todo processo de composição do parlamento representativo é fruto da competição política, aperfeiçoando a democracia direta, uma vez que é impossível a participação pessoal de cada cidadão, conforme o modelo democrático existente em Atenas, onde os cidadãos decidem de forma direta cada tema através de votação. O exercício decisório do parlamento estimula o compromisso, a não polarização, a acomodação de extremos, sendo a regra da maioria um princípio de decisão para coletividade em que é respeitado o imperativo moral de igualdade, uma vez que limita o poder desconsiderando decisões parciais sensíveis a preferências momentâneas (MENDES, Op. cit. 2011).

Ainda para Mendes (2011), a Corte não protege o estabelecido pela democracia, uma vez que é parcial por estar dentro da política. Por isso a suposta proteção dada aos direitos das minorias estaria sendo nada mais que um disfarce para encobrir as escolhas morais controversas de um agente político. Também, no controle de constitucionalidade, o Supremo não analisa um caso concreto, pois no sistema concentrado existe uma mera avaliação, não podendo rever provas ou questões de fato, sendo os votos discordantes uma prova de que a Corte é formada por mera interpretação pessoal e não do povo, sendo opiniões de uma elite profissional, utilizando linguagem inflexível e presas a técnicas jurídicas que dificultam o debate público e acabam excluindo o povo.

Conforme Cristina Foroni Consani (2014, p. 143-173), sobre a crítica de Jeremy Waldron (1993):

Contudo, Waldron reconhece que, em razão das circunstâncias da política, pode haver um eventual descompasso entre teorias dos direitos e teorias da autoridade e, nessa condição, alguém se encontrará submetido a um arranjo social que considera injusto, ainda que esse arranjo seja provisório e possa mudar com as mudanças na própria política.

Também:

Waldron entende que na democracia é o povo quem deve decidir sobre os direitos que estão em discussão, devendo participar, em termos iguais, dessa decisão. A pergunta quem decide deve ser complementada por outra, a saber, como se decide. O autor opta pela decisão majoritária como princípio

de autoridade, pois segundo ele, esse tipo de princípio de autoridade respeita os indivíduos de dois modos: Primeiro, respeita suas diferenças de opinião sobre justiça e bem comum; não requer que a visão sinceramente mantida de alguém seja depreciada ou silenciada em razão da importância imaginária do consenso. Segundo, incorpora um princípio de respeito com relação a cada pessoa no processo pelo qual decidimos sobre uma visão a ser adotada como nossa, mesmo em face do desacordo (WALDRON, 1999a, p. 109, grifo do autor).

O processo Legislativo é então, o único justo procedimentalmente, garantindo que os votos tenham mesmo peso, sendo a decisão final um acordo que todos respeitam, uma vez que participaram diretamente, filiando-se moralmente a essa decisão. Com isso o Congresso detém maior legitimidade para interpretar o embate constitucional, em especial no caso da Vaquejada, fugindo da instabilidade, decidindo através de suas atribuições o sentido real do direito.

### 3.4.3 Teoria do Dialogo Interinstitucional e Equilíbrio quanto a palavra final

Nesse cenário de embates e consequências como o efeito Backlash, é notória a dúvida sobre a quem fica o cargo da última palavra, se ao Judiciário ou ao Legislativo, sobre quem exerce o maior controle sobre a Constituição, entretanto existe a defesa da integração e equilíbrio dos Poderes. Interessante a afirmação de Conrado Mendes (Op. cit. 2011), que reconhecer últimas palavras é reconhecer quem erra por último.

A constituição atribui competências para ambos os Poderes, ter concepções extremas a respeito de atuação pode acabar tornando esquecido o fato de que eles trabalham em conjunto. Um Poder em ação não exclui o outro, e o direito nunca deixará de ser discutido. É necessário existir uma balança, fugindo de compreensões radicais, priorizando a divisão de tarefas, favorecendo um sistema constitucional democrático.

Nesse sentido, o papel do Supremo e do Legislativo é o motivo para o diálogo institucional, onde exista a possibilidade de interpretação da Constituição através da interação entre os poderes políticos e os tribunais, não havendo monopólio, sendo as decisões produzidas por um processo entre o Judiciário e os atores constitucionais, uma forma de garantir a legitimidade democrática, em especial quanto a questão da revisão judicial, considerando a vontade popular ao promover diálogos de forma mais eficaz.

Para Mendes (Op. cit. 2011), a questão da dificuldade advinda da discordância da decisão majoritária e da última palavra dada pelo Judiciário produz um desvio do verdadeiro interesse dos embates. A ponto chave não é quem possui reserva de justiça ou quem vence a disputa de poder, mas, certamente, qualquer “última palavra” será sempre transitória. Ainda para o autor, qualquer decisão da Corte através de revisão judicial ou qualquer processo legislativo não é e não necessita ser o limite final. Quando a Corte decide faz ao mesmo tempo uma análise política, podendo também escolher por não decidir ou aguardar, submetendo ao tempo esse poder ou estimulando a presença dos outros Poderes e da sociedade.

Segundo Alexander M. Bickel (1961), através do diálogo como ferramenta evita-se choques de ideias e ideologias extremas, também aposta na construção do progresso via planejamento cauteloso, observando a acomodação da sociedade, uma vez que mudanças repentinas tendem ao fracasso, existindo um momento ideal para tomada de decisões.

Mendes (Op. cit. 2011), explica a ideia da Corte funcionando como conselheira, sendo mais flexível e menos vinculante, cooperando com a união entre os poderes, seguindo o modelo tradicional.

Para Robert Alexy (2008), o princípio da proporcionalidade pode ser utilizado na teoria do diálogo, promovendo o exercício da Corte através de legitimidade, adequação e necessidade, onde, falhando a lei em um desses requisitos a mesma deve declara-la inconstitucional.

A lei nem sempre é majoritária, a revisão judicial nem sempre é contramajoritária, cumprindo um papel importante, mas não pode enxergar a maioria nem a minoria, por isso mesmo é válido o diálogo institucional. O sistema de governo não representa necessariamente a maioria, mas dá atenção a diversos grupos, sendo flexível e dinâmico, onde as vozes, interesses e pensamentos se batem, se acostumam e se transformam (BARRY FRIEDMAN, 2003).

Ainda para Friedman, no diálogo a Corte e o parlamento participam de um ciclo inacabável de bate-rebate, que envolve questões fundamentais para a democracia na sociedade, sofrendo, porém, influência da opinião social todo tempo, vez que buscam pela credibilidade e reputação das instituições, questão que não é observada pelas teorias que limitam ou legitimam apenas um Poder.

## 4 CONCLUSÃO

Foi visto que o fenômeno chamado de efeito backlash nada mais é que uma forma de reação as decisões tomadas pelo Judiciário em casos onde o pensamento social não está consolidado, vinda por parte dos grupos que se sentem prejudicados. O Legislativo então, é o principal Poder a contrapor as decisões, chamando atenção especialmente no campo político, utilizando dessa situação para buscar apoio desses grupos, geralmente conservadores. Por outro lado, quando tal efeito ocorre, é possível a existência do debate, vez que existe maior manifestação a respeito do tema na sociedade, cabendo então a cada grupo apresentar e defender as suas ideias. Tem-se então o questionamento sobre se o efeito citado seria bom ou ruim, existindo uma incerteza quanto aos seus resultados, entretanto o fato de um assunto outrora esquecido, mas de relevante importância ser trazido ao conhecimento de todos e discutido é motivo suficiente para afirmar que mesmo havendo o perigo de não ser aceito, é válida a busca pois há a possibilidade de direitos serem adquiridos.

Nos casos estadunidenses estudados, como o exemplo da pena de morte, foi possível observar inicialmente um retrocesso, porém, diante da discussão massiva que permeou o tema, posteriormente foram adquiridos direitos de forma definitiva.

Nos casos brasileiros diante da postura mais neutra do Poder Legislativo, tem existido uma grande participação do Poder Judiciário, que pode ser entendida também como ativista em alguns casos, o que gera maiores reações as decisões proferidas. Tais decisões são fruto de uma busca por parte das minorias, o que acaba por tornar mais polêmicos os temas, por isso mesmo são evitados pelo Legislativo, um exemplo foi caso da união homoafetiva, onde se fez necessário ocorrer uma grande quantidade de atos arbitrários em toda sociedade para que houvesse uma manifestação em defesa de direitos.

Uma vez que a Corte está mais ativa nos últimos tempos quanto a essa questão, tem existido a preocupação da mesma, por vezes citando o efeito backlash em suas decisões, o que mostra uma maior interação e participação entre o Poder Judiciário e o povo. Tem-se como exemplo o caso da Ficha Limpa e o que foi citado por Luiz Fux. Nesse caso houve uma medida mais protetiva, defendendo o pedido da sociedade.

Por outro lado, no Caso Vaquejada, o Legislativo reagiu de forma sucinta, contrariando o Supremo e buscando logo a aprovação e possibilidade de a prática ser realizada sem intrometimentos, não houve muito tempo para uma reação.

Por isso mesmo surgem as questões de quem teria a palavra final, se o Judiciário através do Supremo ou Legislativo, e se a Corte tem legitimidade além de guarda da Constituição. Não cabe a esse trabalho afirmar qual a teoria seria a mais correta, visto que é necessária uma análise minuciosa de caso para tal, entretanto é totalmente aceitável defender as teorias do Diálogo Interinstitucional e Equilíbrio, pois é a que mais se aproxima do ideal democrático, estabelecendo também uma relação de proximidade entre o povo e os Poderes, sendo o mais semelhante ao proposto pela teoria da Tripartite.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOLONHA, Carlos; GANEM, Fabrício e ZETTEL, Bernardo. Parâmetros Deliberativos Para os Diálogos Constitucionais: Razão Pública, Ética do Discurso e Backlash. In: Direitos Fundamentais & Justiça. ANO 7, Nº 25, p. 170-190, out./dez. 2013.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

BUNCHAFT, Maria Eugenia; LIMBERGER, Têmis e CRISTIANETTI, Jessica. O refluxo em Roe versus Wade: uma reflexão à luz do diálogo entre Constitucionalismo Democrático e Minimalismo judicial. PensarRevista de Ciências Jurídicas, v. 21, n. 3, p. 987-1011, set./dez. 2016, p. 994.

DWORKIN, R. A raposa e o porco-espinho: justiça e valor. São Paulo: Editor WMF Martins Fontes, 2014.

HABERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 10ª ed. r e v., atual. e ampl.; São Paulo: Editora Método, mar./2006.

MENDES, Conrado Hübner. Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação. São Paulo. Saraiva, 2011

MENDES, Gilmar F. et al. Curso de direito constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 29ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NOVELINO, Marcelo. Direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PINHO, Rodrigo César Rebello. Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais, volume 17 (Coleção Sinopses Jurídicas). 6ª ed., r e v. e atual; São Paulo: Saraiva, 2006.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. Curso de direito constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, J. Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995

M.J.C. Vile, Constitutionalism and the Separation of Powers (2nd ed.) (Indianapolis, Liberty Fund 1998). [Online] available from <https://oll.libertyfund.org/titles/677>; accessed 05/03/2019; Internet.

«[Esprit des lois \(1777\)/L11/C6 - Wikisource](https://fr.wikisource.org/wiki/Esprit_des_lois_(1777)/L11/C6)». [fr.wikisource.org](https://fr.wikisource.org) (em francês). Consultado em 05 de março de 2019.

Charles Louis de Secondat, Baron de Montesquieu, The Complete Works of M. de Montesquieu (London: T. Evans, 1777), 4 vols. Vol. 1. [Online] available from <https://oll.libertyfund.org/titles/837>; accessed 05/03/2019; Internet.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Reflexões acerca da legitimidade das cláusulas pétreas. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n.

2233, 12 ago. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13311>>. Acesso em: 7 abr. 2019.

KRIEGER, Linda Hamilton. Afterword: Socio-Legal Backlash. In: Berkeley Journal of Employment and Labor Law, v. 21, n. 1, p. 476-520, 2000.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage. Democratic Constitutionalism and Backlash. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, 2007; Yale Law School, Public Law Working Paper, nº 131.

GREENHOUSE, Linda e SIEGEL, Reva. Before (and after) Roe v. Wade: New questions about backlash. Yale Law Journal, Yale, v. 120, n. 8, 2011. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/feature/before-and-after-roe-v-wade-new-questions-about-backlash-1>. Acesso em: 11 abril. 2019.

SUNSTEIN, Cass R. Backlash's Travels. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, v. 42, p. 435, março 2007.

MARMELSTEIN, George. Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial. Texto-base de palestra proferida durante o Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro, proferida em outubro de 2016, em Bolonha-Itália.

[Klarman, Michael, "Courts, Social Change, and Political Backlash" (2011). *Philip A. Hart Memorial Lecture. 2*.

<https://scholarship.law.georgetown.edu/hartlecture/2>

<https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=hartlecture>

Lenio Streck. Sobre a decisão do STF (uniões homoafetivas). (2011). Disponível em: <http://leniostreck.blogspot.com/2011/06/sobre-decisao-do-stf-unioes.html> Acesso em 25/04/2019

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 30 DF. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243411>

Acesso em: 27/04/2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI/CE 4.983. Relator Ministro Marco Aurélio.

Disponível em:

<[www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=3509171&tipoApp=.pdf](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=3509171&tipoApp=.pdf)>.

Acesso em: 27 mai. 2019. Voto relator. p. 2-6.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito.

(O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), 2005. Disponível em:

[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art04102005.htm](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm) Acesso em 28/04/2019

SIEGEL, Reva B., "Constitutional Culture, Social Movement Conflict and

Constitutional Change: The Case of the de facto ERA" (2006). Faculty Scholarship

Series. Paper 1097.

CONSANI, Cristina Foroni. A CRÍTICA DE JEREMY WALDRON AO

CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO. Revista da Faculdade de Direito

UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 59, n. 2, p. 143-173, ago. 2014. ISSN 2236-7284.

Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/35730/22971>>. Acesso

em: 02 maio 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v59i2.35730>

Bickel, Alexander M., "Foreword: The Passive Virtues" (1961). Faculty Scholarship

Series. 3968. Disponível em: [https://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/3968](https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3968)

Acesso em: 02/05/2019

FRIEDMAN, Barry. Mediated Popular Constitutionalism. Michigan Law Review, Vol.

101. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=406620](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=406620) .

Acesso em 02/05/2019.

[1] <https://www.ebiografia.com/montesquieu/> por Dilva Frazão - Bacharel em

Biblioteconomia pela UFPE. Acesso em 10 de março de 2019

[2] BACKLASH. Dicionário online de Cambridge. Disponível em <

<http://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/backlash>>. Acesso em 11 abr.

2019.

[3] <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/408/238.html>

[4] <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/428/153.html>

[5] <https://caselaw.findlaw.com/ma-supreme-judicial-court/1447056.html>

[6] <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/14-556.html>

[7] <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,cnbb-critica-decisao-do-stf-sobre-uniao-homoafetiva,717854> Acesso em 26/04/2019

[8] Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/06/juiz-goiano-anula-uniao-homoafetiva-e-oab-contesta.html> Acesso em 25/04/2019

[9] Disponível em:

[https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/Pesquisa\\_STF\\_Opiniao\\_Publica.pdf](https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/Pesquisa_STF_Opiniao_Publica.pdf)

Acesso em 26/04/2019

[10] Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/07/pesquisa-aponta-que-55-dos-brasileiros-e-contrario-uniao-civil-de-homossexuais.html> Acesso em 26/04/2019

[11] Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/07/06/juiza-contraria-determinacao-do-stf-e-nega-pedido-de-casamento-homoafetivo-em-goiania.htm> Acesso em 26/04/2019

[12] Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=505415>

Acesso em 26/04/2019

[13] Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp135.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm#art2)

Acesso em 27/04/2019

[14] Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=200495> Acesso em: 27/04/2019

[15] Disponível em:

[https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988\\_14.12.2017/art\\_16\\_.asp](https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_14.12.2017/art_16_.asp) Acesso em: 27/04/2019

[16] Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/norma/172215> Acesso em 27/04/2019

[17] Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4425243> Acesso em 27/04/2019

[18] Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm) Acesso em 27/04/2019

[19] Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127262> Acesso em 27/04/2019

[20] Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm) Acesso em 27/04/2019

[21] Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31642-36259-1-PB.pdf> Acesso em 28/04/2019

[22] Disponível em:

<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/227173930/stf-07-02-2019-pg-491>

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/779525/questao-de-ordem-no-agregna-peticao-pet-agr-qo-2066-sp>

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000329152&base=baseMonocraticas>

Acesso em 28/04/2019

[23] Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/767049/agregna-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-agr-2950-rj> Acesso em 28/04/2019