

Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal e efeito *backlash*

Activismo judicial en el Supremo Tribunal Federal y efecto backlash

Judicial activism in the Federal Supreme Court and the backlash effect

Attivismo giudiziario nella Corte Suprema Federale e effetto backlash

Giovani Penido Coutinho¹

Faculdades Integradas de Jaú, SP, Brasil

Bazilio de Alvarenga Coutinho Júnior²

Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino (ITE), SP, Brasil

RESUMO: O presente artigo pretende analisar os fatores políticos e jurídicos que contribuíram para o progressivo fortalecimento institucional do Supremo Tribunal Federal. Além disso, busca analisar o debate acerca do ativismo judicial na Corte e as reações do Poder Legislativo a esse cenário, consubstanciadas no efeito *backlash*. Ao fim, apresenta-se a teoria dos diálogos institucionais como modo de superar esse cenário de crise entre as instituições brasileiras. O estudo foi empreendido utilizando-se de técnicas de pesquisa históricas, conceituais e normativas, evidenciando-se o seu caráter dogmático. Desse modo, empreendeu-se longa pesquisa bibliográfica e legislativa com o escopo de evidenciar a ampla dialética que se estabelece ao entorno da atuação do STF no cenário brasileiro contemporâneo.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; Constituição Federal de 1988; ativismo judicial; efeito *backlash*; diálogos institucionais.

RESUMEN: Este artículo pretende analizar los factores políticos y jurídicos que contribuyeron al progresivo fortalecimiento institucional del Supremo Tribunal Federal. Además, busca analizar el debate sobre el activismo judicial en la Corte y las reacciones del Poder Legislativo ante este escenario, plasmado en el efecto contragolpe. Finalmente, se presenta la teoría de los diálogos institucionales como una forma de superar este escenario de crisis entre las instituciones brasileñas. El estudio se realizó utilizando técnicas de investigación histórica, conceptual y normativa, destacando su carácter dogmático. De esta manera, se realizó una extensa investigación bibliográfica y legislativa con el objetivo de resaltar la amplia dialéctica que se establece en torno a las acciones del STF en el escenario brasileño contemporáneo.

Palabras clave: Tribunal Supremo Federal; Constitución Federal de 1988; activismo judicial; efecto de reacción; diálogos institucionales.

ABSTRACT: This article intends to analyze the political and legal factors that contributed to the progressive institutional strengthening of the Federal Supreme Court. Furthermore, it seeks to analyze the debate about judicial activism in the Court and the reactions of the Legislative Branch to this scenario, embodied in the backlash effect. Finally, the theory of institutional dialogues is presented as a way to overcome this crisis scenario among Brazilian institutions. The study was undertaken using historical, conceptual and normative research techniques, highlighting its dogmatic nature. In this way, extensive bibliographical and legislative research was undertaken

¹ Graduando em Direito pelas Faculdades Integradas de Jaú (FIJ). Lattes: <https://lattes.cnpq.br/2083662149109920>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-2350-9296>

² Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal nas Faculdades Integradas de Jaú (FIJ) e de Ciência Política e Direito Constitucional nas Faculdades Integradas de Bauru (FIB). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7765381992931213>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-5816-0854>

with the aim of highlighting the broad dialectic that is established around the STF's actions in the contemporary Brazilian scenario.

Keywords: Federal Supreme Court; Federal Constitution of 1988; judicial activism; backlash effect; institutional dialogues.

SOMMARIO: Il presente articolo si propone di analizzare i fattori politici e giuridici che hanno contribuito al progressivo rafforzamento istituzionale della Corte Suprema Federale (Supremo Tribunal Federal). Inoltre, si intende esaminare il dibattito sull'attivismo giudiziario nella Corte e le reazioni del potere legislativo a tale scenario, concretizzate nell'effetto backlash. Infine, viene presentata la teoria dei dialoghi istituzionali come modalità per superare questo scenario di crisi tra le istituzioni brasiliane. Lo studio è stato condotto utilizzando tecniche di ricerca storiche, concettuali e normative, mettendo in evidenza il suo carattere dogmatico. A tal fine, è stata svolta un'ampia ricerca bibliografica e legislativa con l'obiettivo di evidenziare l'ampia dialettica che si sviluppa intorno all'operato della Corte Suprema nel contesto brasiliano contemporaneo.

Parole chiave: Corte Suprema Federale; Costituzione Federale del 1988; attivismo giudiziario; effetto backlash; dialoghi istituzionali.

Introdução

A crescente complexidade dos cenários jurídico e político brasileiros, marcada pela constitucionalização do Direito, pelas correntes do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, bem como por um contexto de crise representativa que assola o Poder Legislativo, tem conferido ao Supremo Tribunal Federal (STF) um papel institucional de destaque na interpretação das normas constitucionais. Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o STF foi erigido não apenas à condição de guardião da Constituição, mas também como um importante agente de transformação social. Esse papel é evidenciado na maneira como o Tribunal reflete e incorpora os valores de um Estado democrático constitucional, promovendo direitos fundamentais de minorias e assegurando a higidez do jogo político e do processo eleitoral. Ademais, o sistema de controle de constitucionalidade adotado amplia os canais de acesso à Corte, que passa a ser chamada a se posicionar sobre os mais diferentes temas, inclusive políticos, muitos deles destacando-se pela polarização que promovem no debate público.

No âmbito do que se denomina como ativismo judicial, essa postura proativa do STF se materializa em uma série de decisões que vão além da mera aplicação literal da lei. O ativismo judicial é caracterizado por um engajamento do Tribunal em questões sociais, políticas e econômicas, nas quais os Ministros interpretam a Constituição de forma a expandir os direitos fundamentais dos cidadãos e a proteger minorias políticas. Exemplos de decisões que serão analisadas ao longo deste estudo incluem temas como a descriminalização do uso de drogas, a união estável entre pessoas do mesmo sexo e a proteção dos direitos dos indígenas, revelando a profundidade e as implicações dessas intervenções judiciais na sociedade.

Todavia, o ativismo judicial não ocorre sem reações dos demais atores político-institucionais. Assim, o fenômeno do efeito *backlash* ocorre quando o Poder Legislativo, em resposta a decisões que considera excessivas ou inadequadas, busca reverter ou limitar os efeitos da jurisprudência vinculante da Suprema Corte. Essa dinâmica levanta questionamentos sobre a legitimidade e os limites da atuação do STF, instigando um debate mais amplo sobre a separação e o equilíbrio entre os poderes, ou seja, estimula a discussão sobre uma nova estrutura de pesos e contrapesos. O efeito *backlash*, por consequência, pode

se manifestar na forma de projetos de lei e de emendas à Constituição que visam restringir as competências do STF ou mesmo a criação de diplomas normativos que contrariam decisões já proferidas pelo Tribunal, evidenciando um embate entre as esferas de poder.

Os projetos de lei e de emendas constitucionais que visam limitar os poderes do Supremo Tribunal Federal e ampliar o rol de crimes de responsabilidade para seus Ministros têm um impacto profundo no equilíbrio dos poderes e na dinâmica institucional do Brasil. Ao buscar restringir as competências do STF, essas iniciativas podem enfraquecer a função do Tribunal como guardião da Constituição e dos direitos fundamentais, além de comprometer sua capacidade de atuar como um contrapeso aos Poderes Legislativo e Executivo. Dessa forma, abre-se caminho para um cenário em que os direitos dos cidadãos estejam mais vulneráveis a decisões arbitrárias do Legislativo, caso o Tribunal Constitucional não tenha a autonomia necessária para intervir e preservar a ordem vigente.

Por outro lado, a ameaça de restrições e a possibilidade de responsabilização política podem, ao contrário do que o desejado, provocar uma postura mais combativa do Supremo. Os Ministros, diante de um contexto de pressão e de possível limitação de suas atribuições, podem se sentir compelidos a reafirmar sua relevância e independência, adotando decisões mais ousadas e incisivas em defesa de suas prerrogativas e da Constituição, ressaltando a supremacia da Corte. Trata-se de reconhecer que essa dinâmica pode gerar um ciclo de confrontos entre o STF e o Legislativo, levando a um aumento da polarização política e a uma intensificação dos debates sobre a legitimidade e os limites da atuação judicial.

Além disso, a adoção de tais projetos legislativos pode criar um ambiente de incerteza jurídica, no qual a confiança nas instituições é abalada, o que, por sua vez, pode afetar a percepção pública sobre a justiça e a legitimidade democrática das decisões do STF. A interação entre os Poderes, que deveria ser pautada pelo respeito mútuo e pela busca de soluções colaborativas, pode se transformar em um conflito aberto, prejudicando a estabilidade democrática e a efetividade do Estado de Direito.

Nesse contexto, emerge a teoria dos diálogos institucionais, que se apresenta como uma proposta inovadora para fomentar um espaço de interação e cooperação entre o STF e os demais Poderes. Essa teoria visa garantir que a interpretação constitucional não seja um monopólio do Supremo, mas o resultado de um diálogo contínuo e construtivo com o Poder Legislativo e o Poder Executivo. Através dessa abordagem, busca-se um equilíbrio que respeite a autonomia de cada instituição, ao mesmo tempo em que se promova um ambiente de colaboração para a efetivação dos direitos constitucionais, contribuindo para a estabilidade e a legitimidade do sistema democrático.

1. Fortalecimento institucional do Supremo Tribunal Federal

O constitucionalismo democrático contemporâneo, ou neoconstitucionalismo, é elencado como a ideologia política vitoriosa no século XX e majoritariamente predominante no século XXI. Dentre as características marcantes desse arranjo institucional, que mescla a soberania popular com um Estado de Direito, destacam-se a limitação de poder, a dignidade humana como cerne do ordenamento jurídico, os direitos fundamentais, a busca por justiça social e a tolerância às diferenças (Barroso, 2017). Ademais, o pós-positivismo traz consigo a superação do dogma de separação absoluta entre Direito, política e moral, proporcionando um reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia. Nesse contexto, ganham ampla importância os princípios:

COUTINHO & COUTINHO JÚNIOR

“Para poderem se beneficiar do amplo instrumental do Direito, migrando do plano ético para o mundo jurídico, os valores morais compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente.” (Barroso, 2017, p. 265)

Uma das mais relevantes mudanças paradigmáticas do direito romano-germânico ao longo do século XX foi a atribuição de força-normativa às Constituições. Assim, a *Lex Fundamentalis* deixa de ser compreendida como um texto de caráter meramente político, vez que agora é dotada de eficácia jurídica e imperatividade, capaz de ser invocada em um conflito no caso concreto e suscetível de deflagração dos mecanismos de coercitividade de que gozam as demais normas do ordenamento jurídico.

“Hoje, é possível falar em um momento de constitucionalismo que se caracteriza pela superação da supremacia do Parlamento. O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade.” (Mendes; Branco, 2018, p. 80)

Barroso (2017) explicita que, no mundo pós-guerras, supera-se a tradicional supremacia do Parlamento e a ideia de lei como expressão da vontade soberana da população: compreende-se que o Poder Legislativo pode colocar em xeque os objetivos constitucionais, vez que nem sempre os representantes democraticamente eleitos darão voz aos ensejos populares. Desse modo, os direitos fundamentais passam a ser insculpidos no texto constitucional, confiando sua tutela ao Poder Judiciário, capaz de imunizá-los da atuação política majoritária que possa ameaçá-los. Não obstante, criam-se os primeiros tribunais constitucionais com o escopo de realizar o controle de constitucionalidade. Por conseguinte, caminha-se para um cenário de supremacia judicial, que comporta uma definição formal e outra material:

“Formalmente, a supremacia judicial significa que as interpretações constitucionais da Suprema Corte só podem ser revertidas por emenda constitucional, não se admitindo que lei ordinária possa fazê-lo. Materialmente, a supremacia judicial consiste no fato de as decisões constitucionais da Suprema Corte serem, via de regra, finais, diante da dificuldade prática de os poderes políticos e de atores da sociedade civil mobilizarem os instrumentos institucionais aptos a superar o entendimento da Suprema Corte.” (Pessanha, 2011, p. 28)

Antes de iniciar a abordagem acerca do amplo controle de constitucionalidade que se realiza no Brasil, inegavelmente fator de destaque no fortalecimento do Supremo Tribunal Federal (STF), é fundamental destacar que a missão institucional da Suprema Corte reside em fazer valer o Texto Maior ante ameaças emanadas dos demais Poderes e, até mesmo, dos particulares (Barroso, 2019). Caracterizando o STF como dotado dos atributos de uma Suprema Corte e de um Tribunal Constitucional, resultando em uma configuração singular de atribuições, tem-se que:

“De um lado, como típica “corte suprema”, o tribunal é a última instância do Poder Judiciário nacional e realiza a função de uniformização da interpretação e aplicação da Constituição a casos concretos, garantindo que as partes em processos judiciais tenham uma resolução de seus conflitos de maneira adequada ao sistema de direitos e garantias previstos na Constituição. Nessa dimensão, a diferença entre o STF e o que o resto do Judiciário fazem é de grau: os ministros do STF realizam, em última instância, a mesma aplicação da Constituição a casos concretos que juízes ordinários fazem quando uma das partes alega violação da Constituição. De outro lado, como tribunal constitucional, o STF apresenta uma estrutura específica de controle de constitucionalidade, um conjunto de

COUTINHO & COUTINHO JÚNIOR

competências exclusivas – como a competência para receber e julgar Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) contra quaisquer atos normativos – que não encontra correspondência no resto do Judiciário.” (Arguelhes; Ribeiro, 2016, p. 412)

Inicialmente, explicitando as características marcantes do sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, discorre Luís Roberto Barroso:

“No Brasil, segue-se fórmula eclética, que combina o sistema americano com o europeu. Na linha do sistema americano, todos os juízes e tribunais podem negar aplicação às leis que considerem inconstitucionais. É o modelo identificado como incidental e difuso. Por outro lado, na linha do sistema europeu, o Supremo Tribunal Federal pode aferir a validade da lei em tese. É o denominado controle principal (por ação direta) e concentrado. A Constituição de 1988 deu significativo impulso ao controle por via de ação direta, ao ampliar o elenco de órgãos e pessoas que podem suscitar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade ou não de uma lei em tese.” (2017, p. 268)

O acadêmico disserta, ainda, acerca da existência de três fundamentos que legitimam o controle de constitucionalidade: a supremacia da Constituição, a nulidade de lei que contrarie a Constituição e a atribuição do Poder Judiciário de ser o intérprete final da Constituição (2017), noção que será discutida em momento oportuno deste trabalho. Sobre a predominância do controle de constitucionalidade e a consolidação do Supremo Tribunal Federal:

“Afigura-se inquestionável a ampla predominância do controle judicial de constitucionalidade e, particularmente, do modelo de controle concentrado. Cuida-se mesmo de uma nova divisão de poderes com a instituição de uma Corte com nítido poder normativo e cujas decisões têm o atributo da definitividade.” (Mendes, 2009, p. 08)

O controle difuso de constitucionalidade encontra fundamento no clássico julgamento *Marbury v. Madison* realizado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no qual afirmou-se a prevalência da Constituição sobre todas as demais leis, vez que norma hierarquicamente superior, além de atribuir-se a todos os juízes e tribunais a possibilidade de deixar de aplicar ao caso concreto diploma normativo que considerasse inconstitucional. É imperioso reconhecer que, em que pese não haver previsão constitucional expressa, a atribuição de efetivar o controle de constitucionalidade decorre logicamente do sistema adotado. A isso, soma-se a Constituição brasileira rígida, cujo processo de alteração, verdadeiro exercício do poder constituinte derivado reformador, encontra-se previsto em seu artigo 60, revelando-se mais dificultoso que o processo de alteração da legislação infraconstitucional.

Por sua vez, o controle concentrado de constitucionalidade é aquele realizado por intermédio das ações de competência originária do Supremo Tribunal Federal, em que a Corte é convocada a deliberar sobre a (in)constitucionalidade em tese de determinada lei. Tem-se, assim, os seguintes instrumentos à disposição dos legitimados: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO). Como decorrência lógica, abrem-se as portas do STF para que um amplo rol de atores, essencialmente aqueles elencados no artigo 103, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil, judicializem uma gama imensa de temas, muitos

essencialmente políticos, vez que consubstanciados na atuação do legislador no âmbito de suas legítimas escolhas no decorrer do processo legiferante.

“Não é apenas a oposição derrotada que tem incentivos para convidar o STF a dar a última palavra. Em cenários de impasses legislativos, dentro de certas condições, mesmo maiorias eventuais podem ter incentivos para obter, pelos votos dos ministros do Supremo, decisões que não conseguem aprovar pelas vias legislativas.” (Arguelhes, 2009, p. 07)

Finalizando sobre o controle de constitucionalidade adotado no Brasil e a sua contribuição inegável para a concentração de poderes no Supremo Tribunal Federal, veja-se:

“A Constituição operou transformações e inovações no que diz respeito aos *parâmetros* do controle de constitucionalidade. Trata-se aqui de saber que critérios o STF deve usar para avaliar a compatibilidade entre atos normativos e a Constituição. (...) as mudanças nesses critérios que ampliaram o poder do STF estão ligadas, sobretudo, à (i) regulação detalhada de um amplo conjunto de temas na Constituição, combinada à (ii) inserção de diversos princípios gerais e cláusulas abrangentes em vários pontos do texto constitucional e (iii) à ampliação das modalidades de controle judicial de constitucionalidade de modo a alcançar também as *omissões* legislativas.

Quanto mais condutas são reguladas por esses critérios, mais poderoso se espera que o tribunal possa ser, pois mais questões morais ou políticas podem ser tratadas como problemas jurídicos, que admitem soluções técnicas passíveis de serem encontradas por um juiz a partir da interpretação das decisões judiciais e legislativas.” (Arguelhes; Ribeiro, 2016, p. 417)

Certamente a judicialização, definida por Luís Roberto Barroso (2010, p. 8) como a “transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo”, pode ser identificada dentre os elementos que provocaram o fortalecimento institucional do Supremo Tribunal Federal, chamado a se pronunciar cada vez mais sobre temas antes restritos à atuação dos demais Poderes da República. Barroso, por esse motivo, destaca que a judicialização, no Brasil, decorre de dois fatores: do modelo de constitucionalização analítica, em que diversos temas são tutelados pelo Texto Maior, e do sistema de controle de constitucionalidade vigente, acima explicitado.

“A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial.” (Barroso, 2012, p. 24)

Por consequência, “quase todas as questões de relevância política, social ou moral foram discutidas ou já estão postas em sede judicial, especialmente perante o Supremo Tribunal Federal” (Barroso, 2010, p. 9). Desse modo, torna-se fluida a linha que delimita política e justiça, revelando que a criação e a interpretação do Direito não são completamente dissociadas uma da outra. Não só: caminha-se para uma onipresença do Poder Judiciário na deliberação de praticamente todas as questões socialmente relevantes. O ilustre professor exemplifica: pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF), liberdade de expressão e racismo (HC 82424/RS), interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF), demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388/RR), legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3330), vedação ao nepotismo (ADC 12/DF e Súmula nº 13), não-recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130/DF), extradição do militante italiano Cesare Battisti (Ext 1085/Itália e MS 27875/DF) e proibição do uso do

amianto (ADI 3937/SP). Diego Arguelhes e Leandro Ribeiro, por sua vez, sintetizam bem a dinâmica retro explicitada quando afirmam que “quando se trata de aplicar a Constituição, todos os caminhos levam ao STF, a quem caberia a última palavra” (2016, p. 410).

Outro elemento fundamental para a compreensão do constitucionalismo democrático contemporâneo e a expansão dos poderes da Suprema Corte brasileira é a noção de constitucionalização do Direito, definida por Luís Roberto Barroso (2017) como a irradiação do conteúdo axiológico e material das normas constitucionais por todo o ordenamento jurídico vigente, de modo a condicionar a atuação dos poderes públicos, a validade e o sentido das normas infraconstitucionais e as relações entre particulares. Trata-se de reconhecer que todo o sistema jurídico deve ser compreendido à luz dos preceitos constitucionais, de onde emana a validade de todos os atos hierarquicamente inferiores ao Texto Maior.

Um elemento imprescindível para a compreensão dos atuais poderes do Supremo Tribunal Federal envolve analisar as interpretações que os próprios Ministros fazem de seus poderes. A propósito, veja-se:

“Em cada decisão, o Supremo também torna público o seu entendimento de qual é a extensão de seus poderes em relação ao Executivo e ao Legislativo. Na construção da motivação de suas decisões, tribunais hábeis podem expandir o seu poder no longo prazo, mesmo quando decidem favoravelmente ao Executivo ou ao Legislativo aqui e agora. Mesmo casos cujo resultado prático imediato é pouco relevante podem contribuir para revolucionar a estrutura da separação de poderes.” (Arguelhes, 2009, p. 10)

Reiteradamente os Ministros afirmam o direito de a Corte proferir a última palavra em se tratando de interpretação constitucional, reiterando a supremacia institucional do Tribunal. Confira-se, a título de exemplo, as palavras do então Ministro Marco Aurélio destacadas pelo jornal O Estado de São Paulo, em 2013: “Nós temos um sistema em que se verifica o primado do Judiciário. A última palavra não cabe ao setor político, cabe ao Judiciário, o órgão de cúpula, o guarda da Constituição é o Supremo”. Ademais, o ex-Ministro Eros Grau, em seu voto proferido na ADI n. 3367/DF, afirmou que “não existe a Constituição de 1988 (...) o que hoje realmente há, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, ela é interpretada/aplicada por esta Corte”.

Juliano Benvindo (2014, p. 85), em breve colocação, sintetiza bem essa dinâmica:

“Desse modo, por um lado, houve um claro movimento legislativo, que foi ampliando sobremaneira os espaços de atuação do STF, e, por outro, o próprio STF, nesse caminhar, utilizou-se desse impulso para reconstruir parte de sua jurisprudência de modo a se tornar ainda mais presente no exercício da jurisdição constitucional.”

Na tentativa de estabelecer uma relação entre a prestação jurisdicional das Supremas Cortes e o atendimento dos anseios sociais, confira-se:

“No universo do oferecimento de razões, merecem destaque os órgãos do Poder Judiciário: a motivação e a argumentação constituem matéria prima da sua atuação e fatores de legitimação das decisões judiciais. Por isso, não deve causar estranheza que a Suprema Corte, por exceção e nunca como regra geral, funcione como intérprete do sentimento social. Em suma: o voto, embora imprescindível, não é a fonte exclusiva da democracia e, em certos casos, pode não ser suficiente para concretizá-la.” (Barroso, 2019, p. 18)

COUTINHO & COUTINHO JÚNIOR

Após o regime militar vivenciado no Brasil (1964-1985), houve clara preocupação do constituinte em assegurar a independência do Poder Judiciário, em clara tentativa de imunizá-lo de pressões políticas, garantindo a interpretação e aplicação do Direito de modo imparcial, baseada em argumentação racional que se vale da hermenêutica jurídica (Barroso, 2010). Isso porque “pouco adiantaria dispor de amplos poderes de controle de constitucionalidade e ampla abertura para demandas trazidas pela sociedade se, uma vez tomada a decisão, ela pudesse ser fácil e simplesmente revertida por outras instituições, como o Congresso” (Arguelhes; Ribeiro, 2016, p. 419).

Em relação à dinâmica de poder vivenciada pelo Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso (2010) identifica dois impulsos fundamentais: a autoconservação e a expansão. O primeiro impulso demonstra a necessidade de o tribunal bem delimitar e preservar sua esfera de atuação, impedindo ingerências dos outros Poderes e reafirmando a autoridade de sua jurisprudência. O acadêmico apresenta farta exemplificação, *in verbis*:

“Após haver cancelado a Súmula nº 394, excluindo do *foro privilegiado* os agentes públicos que deixassem o exercício da função, o STF invalidou lei editada pelo Congresso Nacional que restabelecia a orientação anterior. O acórdão considerou haver usurpação de sua função de intérprete final da Constituição. Em outro caso, o STF considerou inconstitucional dispositivo legal que impedia a progressão de regime em caso de crime hediondo. Decisão do juiz de direito de Rio Branco, no Acre, deixou de aplicar a nova orientação, sob o argumento de que a declaração de inconstitucionalidade fora incidental e não produzia efeitos vinculantes. A Corte reagiu, e não apenas desautorizou o pronunciamento específico do magistrado estadual, como deu início a uma discussão de mais largo alcance sobre a atribuição de efeitos vinculantes e *erga omnes* à sua decisão de inconstitucionalidade, mesmo que no controle incidental, retirando do Senado a atribuição de suspender a lei considerada inválida. Um terceiro e último exemplo: após haver concedido *habeas corpus* a um banqueiro, preso temporariamente ao final de uma polêmica operação policial, o STF considerou afronta à Corte a decretação, horas depois, de nova prisão, dessa vez de natureza preventiva, ordenada pelo mesmo juiz, e concedeu um segundo *habeas corpus*.” (2010, p. 28)

O segundo impulso, por sua vez, o de expansão, ocorre concomitantemente a um processo de introspecção do Parlamento, que enfrenta uma crise de representatividade e não consegue construir maiorias sobre assuntos delicados do debate público. Assim, ante esse cenário de vácuo, a Corte passou a produzir decisões suprimindo o vazio legislativo, notadamente valendo-se de mandados de injunção e de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão. Sobre esse cenário, confira-se trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI nº 3510, sob relatoria do Ministro Carlos Britto:

“Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.”

Daniel Wunder Hachem e Eloi Pethechust apontam que o fortalecimento institucional do Poder Judiciário é um fenômeno recorrente nas democracias ocidentais em decorrência de certos fatores comuns:

“Nas últimas décadas, a erosão na ideia de democracia nas sociedades ocidentais tem desembocado em diversas reações da população, como o apelo a líderes

COUTINHO & COUTINHO JÚNIOR

políticos demagogos, indiferença política, hiperconstitucionalização da vida e deslocamento da esfera deliberativa de poder para outras arenas institucionais, em especial para o Poder Judiciário. Em diferentes partes do mundo, tem-se notado uma atuação de Cortes Constitucionais e Supremas Cortes, em matérias de grande alcance político, em decisões sobre políticas públicas e até mesmo em questões de alta indagação moral. O Poder Judiciário transformou-se em um importante interveniente do processo democrático.” (2020, p. 210-211)

No que tange a uma possível função criadora do Direito por parte de tribunais e juízes, defendida por alguns e especialmente criticada por outros, que indicam ser esse o caminho trilhado pelo Supremo Tribunal Federal no decurso da última década, confira-se:

“É de Kelsen o esclarecimento de que a função criadora do direito dos Tribunais, existente em todas as circunstâncias, surge com particular evidência quando um Tribunal recebe competência para produzir também normas gerais por meio de decisões com força de precedentes. Conferir a tal decisão caráter de precedente é tão só um alargamento coerente da função criadora de direito dos Tribunais. Se aos Tribunais é conferido o poder de criar não só normas individuais, mas também normas jurídicas gerais, estarão eles em concorrência com o órgão legislativo instituído pela Constituição, e isso significará uma descentralização da função legislativa.” (Mendes, 2009, p. 38)

Merece destaque a citada descentralização legiferante citada pelo acadêmico e Ministro do STF, que conferiria aos Tribunais o papel de, por intermédio de seus precedentes vinculantes, também criar normas jurídicas gerais prescribentes de condutas para a sociedade, aproximando-se do sistema jurídico que vigora nos países de tradição da *Common Law*.

Prosseguindo, sobre a noção de inconstitucionalidade ante a não edição de diploma normativo por parte do Congresso Nacional, veja-se o que discorre Gilmar Mendes acerca do entendimento do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha a respeito do tema:

“Portanto, a jurisprudência da Corte Constitucional alemã identificou, muito cedo, que configura a omissão inconstitucional não só o *inadimplemento absoluto* de um dever de legislar (*omissão total*), mas também a execução falha, defeituosa ou incompleta desse mesmo dever (*omissão parcial*) (*Teilunterlassung*). Assentou-se, igualmente, que a lacuna inconstitucional poderia decorrer de uma mudança nas relações fáticas, configurando para o legislador imediato dever de adequação.” (2009, p. 20)

Chama a atenção, como se percebe, a possibilidade de a Suprema Corte reconhecer como inconstitucional não só uma completa omissão legislativa sobre determinado tema, mas também o que apontou como execução defeituosa ou incompleta de certo diploma normativo. Assim, abrem-se caminhos para que o STF se imiscua na tarefa de analisar a qualidade legislativa de um texto legal emanado do Poder Legislativo. Por consequência, enfraquece-se o parâmetro de inconstitucionalidade por omissão, que torna-se mais elástico, e amplia-se a margem interpretativa posta à disposição dos magistrados.

Outro fator que ganha destaque foi o precedente firmado no MS 20257/DF, que reconhece a possibilidade de o STF, ao ser acionado por parlamentar, impedir a tramitação de projeto de emenda constitucional que entenda violar a Carta Fundamental. Trata-se de reconhecer que o Texto Maior regula expressamente o processo legiferante, conferindo a cada deputado e senador um direito subjetivo de apenas participar de tramitações de projetos legislativos hígidos e em conformidade com as normas constitucionais. Veja-se trecho do voto vencedor do Ministro Moreira Alves:

“Diversa, porém, são as hipóteses como a presente, em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando

COUTINHO & COUTINHO JÚNIOR

a sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do artigo 57 [da Constituição Federal de 1967, com a redação que lhe foi dada pela EC n. 1/69]) ou a sua deliberação (como na espécie). Aqui, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer – em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas – que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, neste caso, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformarem em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição.”

Reconhecendo que essa possibilidade configura verdadeiro controle judicial prévio de constitucionalidade, Diego Arguelhes e Leandro Ribeiro dissertam que:

“Embora o STF apresente essa linha jurisprudencial como uma proteção aos parlamentares, ela na prática significa uma ampliação do poder do próprio STF. É preciso considerar que o tribunal concedeu a cada parlamentar, e não ao seu partido ou à presidência da Casa, um poder de veto sobre a produção legislativa *que a Constituição de 1988 só reconhece ao partido político ou à Presidência da Casa*, por meio de ações diretas de inconstitucionalidade. Ao fazê-lo, o tribunal expandiu significativamente tanto o acesso à sua jurisdição quanto as formas pelas quais pode exercer o controle sobre os atores políticos (com a inclusão do controle preventivo, e não apenas repressivo e posterior à promulgação do texto legal).” (2016, p. 425)

Pois bem. Levando-se em consideração o supra exposto, pode-se asseverar corretamente, conforme o fazem Daniel Arguelhes e Leandro Ribeiro (2016), que o Supremo Tribunal Federal é, mais do que uma criação do poder constituinte originário exercido pela Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88, uma criatura que age por intermédio da atuação de todos os Ministros que compuseram a Corte. Não só. Reconhecem que, quando o Tribunal altera sua jurisprudência acerca da extensão de seus poderes, está transformando também a sua atuação no jogo político e, por via reflexa, as próprias características e possibilidades desse jogo.

Desse modo, constata-se que o fortalecimento institucional e o progressivo protagonismo político do Supremo Tribunal Federal decorrem de um processo que perpassa as últimas décadas e se beneficia de fatores como o pós-positivismo que impregnou o direito constitucional moderno, a atribuição de força normativa às Constituições, a judicialização de diversos temas insculpidos na Lei Fundamental, um amplo sistema de controle de constitucionalidade (concentrado e difuso) com inúmeros legitimados específicos para propositura de ADIs, a crise de legitimidade que assola o Poder Legislativo e a própria jurisprudência da Corte construída por seus Ministros sobre os limites de seus próprios poderes, dentre outros que podem ser elencados. É imperioso reconhecer que esse fenômeno decorre não só de um longo processo histórico, mas também das peculiaridades do mundo contemporâneo, sem se olvidar das escolhas políticas fundamentais feitas pelo constituinte originário.

2. Ativismo judicial na Suprema Corte brasileira

Antes de adentrar a temática acerca do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal, é necessário compreender em que consiste a jurisdição constitucional no ordenamento jurídico brasileiro. Luís Roberto Barroso aduz que ela “compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na

interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição” (2010, p. 8). Assim, conforme o ilustre professor, não se pode olvidar que:

“A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria.” (Barroso, 2012, p. 25)

Prosseguindo, quanto ao ativismo judicial, ele é indissociável da noção de participação ativa do Poder Judiciário na aplicação dos princípios e normas constitucionais, pautado por maior interferência na esfera de atuação dos demais Poderes (Barroso, 2010). Definindo o ativismo judicial como intrinsecamente relacionado à interpretação ampliativa da Constituição e de seus enunciados vagos, bem como ao atrofamento do Parlamento, ainda Luís Roberto Barroso (2010, p. 11):

“(...) o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (...) em princípio, o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados).”

É incontestável que o aumento exponencial dos temas levados ao plenário do STF coloca os Ministros em contato com assuntos altamente politizados, capazes de comprometer, ainda que inconscientemente, a imparcialidade dos magistrados, bem como de elitizar o debate social, dadas as peculiaridades da argumentação jurídica, que possui hermenêutica própria. Ou seja, “a transferência do debate público para o Judiciário traz uma dose excessiva de politização dos tribunais, dando lugar a paixões em um ambiente que deve ser presidido pela razão” (Barroso, 2010, p. 13).

Ainda, é fundamental superar a ideia de juízes neutros, automatizados, que não permitiriam que preconceções influíssem em suas interpretações normativas ou na escolha de determinada teoria, em detrimento de outra. A imparcialidade é passível de ser atingida e deve ser um objetivo sempre em norte, mas a neutralidade é uma utopia.

“Não é verdade que o direito seja um sistema de regras e de princípios harmônicos, de onde um juiz imparcial e apolítico colhe as soluções adequadas para os problemas, livre de influências externas. Essa é uma fantasia do formalismo jurídico. Decisões judiciais refletem a preferências pessoais dos juízes, proclama o realismo jurídico; são essencialmente políticas, verbera a teoria crítica; são influenciadas por inúmeros fatores extrajurídicos, registram os cientistas sociais.” (Barroso, 2010, p. 24)

Não se trata, aqui, de negar a autonomia do Direito em relação à política; pelo contrário, essa autonomia é fundamental para o exercício pleno da jurisdição estatal pelos magistrados, para a subsistência do Estado de Direito e para a legitimidade democrática do Judiciário. Trata-se, antes de tudo, de reconhecer que referida autonomia é parcial e limitada:

“O direito pode e deve ter uma vigorosa pretensão de autonomia em relação à política. Isso é essencial para a subsistência do conceito de Estado de direito e para a confiança da sociedade nas instituições judiciais. A realidade, contudo, revela que essa autonomia será sempre relativa. Existem razões institucionais,

COUTINHO & COUTINHO JÚNIOR

funcionais e humanas para que seja assim. Decisões judiciais, com frequência, refletirão fatores extrajudiciais. Dentre eles incluem-se os valores pessoais e ideológicos do juiz, assim como outros elementos de natureza política e institucional.” (Barroso, 2010, p. 25)

Todavia, não se pode admitir que essa parcial autonomia entre Direito e política, entre Direito e moral, coloque em xeque a legitimidade institucional do Poder Judiciário enquanto intérprete e guardião dos direitos fundamentais. Na grande maioria dos casos, os magistrados aplicam e interpretam imparcialmente o ordenamento jurídico, buscando satisfazer as pretensões jurídicas justas de cada caso concreto:

“(…) é possível assumir, como regra geral, que juízes verdadeiramente vocacionados têm como motivação primária e principal a interpretação adequada do direito vigente, com a valoração imparcial dos elementos fáticos e jurídicos relevantes. Não se deve minimizar esse sentido de dever que move as pessoas de bem em uma sociedade civilizada. Em segundo lugar, o direito – a Constituição, as leis, a jurisprudência, os elementos e métodos de interpretação – sempre desempenhará uma função limitadora. O discurso normativo e a dogmática jurídica são autônomos em relação às preferências pessoais do julgador.” (Barroso, 2010, p. 26)

Não obstante, convém destacar que a atuação dos magistrados é sempre pautada e delimitada pelo ordenamento jurídico, vez que suas manifestações jurídicas são avaliadas conforme a argumentação jurídica empregada, bem como valendo-se de parâmetros como a razoabilidade e a racionalidade, que inegavelmente restringem a margem de arbítrio ideológico conferido aos julgadores (Barroso, 2010).

Dissertando sobre as diferentes condutas que podem ser enquadradas dentro do conceito que se convencionou atribuir ao ativismo judicial, discorre Barroso (2012, p. 26):

“A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.”

Um exemplo sempre lembrado em que aponta-se que o STF atuou como verdadeiro legislador foi a ADPF 132, julgada no ano de 2011, em que buscava-se o reconhecimento da constitucionalidade de uniões estáveis homoafetivas, vedando-se qualquer espécie de distinção em relação às uniões estáveis entre pessoas de sexos distintos. Tratava-se de reconhecer como discriminatória a redação do artigo 1.723 do Código Civil, que prevê a união estável como a união contínua, pública e duradoura entre homem e mulher com o objetivo de constituir família. Não obstante, trabalhou-se com uma noção de inconstitucionalidade por omissão do legislador, que historicamente se recusa a legislar em matéria de direitos de pessoas do grupo LGBT. A propósito, veja-se trecho do voto do Ministro Luiz Fux:

“Um tão-só argumento de igualdade poderia gerar a falsa conclusão de que a mera ausência de vedações legais seria suficiente para assegurar o tratamento justo e materialmente igualitário. No entanto, a igualdade material não se realiza, pois aos homossexuais não vem sendo concedida a possibilidade de concretizar o projeto de vida familiar que se coaduna com um elemento fundamental de sua personalidade. O silêncio normativo catalisa a clandestinidade das relações homoafetivas, na aparente ignorância de sua existência; a ausência de acolhida normativa, na verdade, significa rejeição. Enquanto isso, sem a proteção do

COUTINHO & COUTINHO JÚNIOR

direito, resta ao homossexual estabelecer, no máximo, famílias de conveniência, de fachada, ou renunciar a componente tão fundamental de uma vida.”

Há parcela da academia, por sua vez, que reconhece que a Corte, nesse caso, mais do que legislar, criou um impedimento à atuação do legislador:

“Mais do que primeira câmara, porém, o STF talvez tenha sido a *única* câmara a formular regras sobre o tema. A leitura do acórdão sugere que não sobrou, para o Congresso Nacional, nenhum espaço relevante para legislar sobre o tema – por exemplo, criando regras diferentes para a adoção por casais entre pessoas do mesmo sexo e de sexos diferentes.” (Arguelhes; Ribeiro, 2016, p. 433)

Não se pode concordar com tal entendimento, vez que qualquer tratamento diferenciado conferido pelo Parlamento aos casais homoafetivos configuraria clara violação da isonomia, bem como seria dotado de nítido caráter discriminatório, objetivos severamente combatidos pela jurisprudência do Supremo nesta seara. Destaca-se, ademais, que até o ano cogente o Congresso Nacional encontra-se omissos, sem legislar a respeito da proteção dos direitos desse grupo minoritário. Quando o faz, conforme será posteriormente abordado no que tange ao “Estatuto da Família” (PL 6.583/2013), o faz de modo flagrantemente inconstitucional, buscando suprimir os avanços impostos pelo STF.

Outro caso em que se aponta uma atuação ativista do Supremo Tribunal Federal se deu no julgamento do RE n. 635.659/SP, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que a Corte declarou inconstitucional, sem redução de texto, o artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas), estabelecendo não só que quem porta, guarda ou traz consigo drogas para consumo pessoal comete um ilícito administrativo, e não mais um crime, mas também determinando a quantidade de 40g (quarenta gramas) como um parâmetro para se diferenciar o traficante do usuário, sem prejuízo da consideração de outros fatores, conforme estabelecido no Tema 506 da repercussão geral.

Pode-se afirmar que o Tribunal exorbitou suas competências ao estabelecer um parâmetro diferenciador entre quem deve ser considerado mero usuário e aquele que se denomina traficante, haja vista o caráter abstrato dessa decisão, verdadeira disciplina jurídica do assunto, que deveria caber ao Poder Legislativo. Entretanto, como se pode constatar no acórdão, esse parâmetro é temporário, vigorando apenas até que o Parlamento legisle a respeito e estabeleça uma quantidade de diferenciação, dado o caráter político desta decisão a ser tomada.

Em relação ao que os doutrinadores denominam de dificuldade contramajoritária, consubstanciada na possibilidade de magistrados negarem aplicação a leis elaboradas pelos representantes democraticamente eleitos pelo povo, teoricamente configurando ativismo judicial, Luís Roberto Barroso vale-se de precisa colocação:

“Pois este é o grande papel de um tribunal constitucional, do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro: proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático. Eventual atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição se dará a favor e não contra a democracia.

Nas demais situações – isto é, quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou os procedimentos democráticos –, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor-lhes sua própria valoração política.” (2010, p. 14)

Deste modo, percebe-se que, quando agem em defesa dos direitos fundamentais e do procedimento democrático, os magistrados, notadamente os Ministros do Supremo Tribunal Federal, atuam em verdadeira defesa da democracia, entendida esta como mais que o simples governo de maiorias, mas um governo de todos. Aí assenta-se a legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Todavia, como ressaltou o professor ao final, o Poder Judiciário brasileiro deve ser deferente com o exercício dos demais Poderes dentro de uma razoável margem de discricionariedade, vez que legitimados democraticamente, desde que, é claro, não restrinjam injustamente direitos fundamentais de grupos minoritários, pois “Mais do que o direito de participação igualitária, democracia significa que os vencidos no processo político, assim como os segmentos minoritários em geral, não estão desamparados e entregues à própria sorte” (Barroso, 2019, p. 16).

Veja-se, ademais, a fundamentação normativa para a legitimidade do Supremo ao exercer a atribuição de invalidar atos oriundos dos representantes do povo:

“(...) a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal. A maior parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial. De acordo com o conhecimento tradicional, magistrados não têm vontade política própria. Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo.” (Barroso, 2012, p. 28)

O fenômeno comporta, ainda, uma justificativa filosófica, consubstanciada, segundo Barroso (2012), no papel das Supremas Cortes em velar pelos princípios constitucionais e pelos direitos fundamentais, mesmo que contrariem frontalmente a vontade de maiorias eleitorais momentâneas. Essa argumentação consiste em reconhecer que, em um Estado constitucional democrático, existem valores que estão acima da vontade popular e que não podem ser suprimidos pela atuação política majoritária. Contudo, não se pode olvidar de que a invalidação de atos legislativos deve ser a exceção, não a regra, vez que devem-se presumir constitucionais os diplomas normativos emanados do Poder Legislativo.

Não obstante, Barroso prossegue com o seu raciocínio: normas jurídicas destinam-se a prescrever condutas, ou seja, voltam-se para o dever-ser. Assim, pode-se afirmar que as normas são criadas por um processo de escolhas e tomada de decisões com aspecto político, justamente quando se consideram o seu processo de elaboração e os fins pretendidos pelo legislador. Justamente pelo caráter prescritivo, essas normas jurídicas precisarão ser interpretadas pelos aplicadores do Direito perante os futuros casos concretos. Por consequência, destaca a impossibilidade de compreender o Direito como isolado da política. Confira-se:

“(...) é possível extrair uma conclusão parcial bastante óbvia, ainda que frequentemente encoberta: o mantra repetido pela comunidade jurídica mais tradicional de que o direito é diverso da política exige um complemento. É distinto, sim, e por certo; mas não é isolado dela. Suas órbitas se cruzam e, nos momentos mais dramáticos, se chocam, produzindo vítimas de um ou dos dois lados: a justiça e a segurança jurídica, que movem o direito; ou a soberania popular e a legitimidade democrática, que devem conduzir a política.” (2010, p. 20)

Não se nega que os magistrados devam realizar a interpretação de conceitos jurídicos indeterminados com o máximo de parcimônia, buscando abster-se de empregar seus valores morais e políticos, ambos impregnados por subjetividade, mas reconhece-se a fragilidade de

COUTINHO & COUTINHO JÚNIOR

tal máxima, caracterizada por Luís Roberto Barroso como uma “bússola de papel” (2010, p. 21). Além disso, é de se destacar a possibilidade de existirem colisões entre princípios perante um dado caso concreto, o que inexoravelmente levará os julgadores a terem de adotar a técnica da ponderação, de modo que um desses princípios acabará prevalecendo sobre o outro, sem todavia lhe subtrair sua máxima efetividade. Contudo, é imprescindível que a adoção dessa técnica não conduza a uma perpétua situação em que os juízes possam se valer de princípios constitucionais para negar aplicação a determinada norma simplesmente porque não a consideram justa, dentro do que seja a sua percepção de justiça:

“(...) caso a adoção deste modelo não seja acompanhada da construção de uma sólida doutrina de autorrestrição judicial, corre-se o risco de permitir que o juiz, ao reconduzir a regra legal a princípios constitucionais, refaça livremente a valoração empreendida pelo legislador, assim como, ao aferir se interpretações ou incidências específicas representam ‘o melhor meio de otimizar princípios constitucionais’, venha simplesmente a afastar a solução contida na regra legal pela que ele reputa a mais justa para o caso concreto.” (Pessanha, 2011, p. 99)

Se esse cenário fosse possível, caminhar-se-ia na direção de um sistema extremamente vago e subjetivo, colocando em risco a segurança jurídica imprescindível para a teia de relações que regem a sociedade, desde as politicamente complexas até as mais simples. Veja-se como Luís Prieto Sanchís descreve essa possibilidade:

“Mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços imunes em favor da opção legislativa ou regulamentar; onipotência judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário; e, por último, coexistência de uma constelação plural de valores, às vezes tendencialmente contraditórios, em lugar da homogeneidade ideológica em torno de um punhado de princípios coerentes entre si e em torno, sobretudo, das sucessivas opções legislativas.” (2003, p. 131-132).

Ademais, veja-se a construção de Alexandre de Moraes acerca da utilização do bom senso na fundamentação das manifestações judiciais ditas ativistas como critério de racionalidade que permita frear subjetivismos excessivos dos magistrados:

“O bom senso entre a ‘passividade judicial’ e o ‘pragmatismo jurídico’, entre o ‘respeito à tradicional formulação das regras de freios e contrapesos da Separação de Poderes’ e ‘a necessidade de garantir às normas constitucionais a máxima efetividade’ deve guiar o Poder Judiciário, e, em especial, o Supremo Tribunal Federal na aplicação do ativismo judicial, com a apresentação de metodologia interpretativa clara e fundamentada, de maneira a balizar o excessivo subjetivismo, permitindo a análise crítica da opção tomada, com o desenvolvimento de técnicas de autocontenção judicial, principalmente, afastando sua aplicação em questões estritamente políticas, e, basicamente, com a utilização minimalista desse método decisório, ou seja, somente interferindo excepcionalmente de forma ativista, mediante a gravidade de casos concretos colocados e em defesa da supremacia dos Direitos Fundamentais.” (2016, p. 1.196-1.197)

Outra ponderação realizada por Barroso envolve o que se convencionou denominar de desacordo moral razoável:

“Pessoas bem intencionadas e esclarecidas, em relação a múltiplas matérias, pensam de maneira radicalmente contrária, sem conciliação possível. Cláusulas constitucionais como direito à vida, dignidade da pessoa humana ou igualdade dão margem a construções hermenêuticas distintas, por vezes contrapostas, de acordo com a pré-compreensão do intérprete.” (2010, p. 21)

COUTINHO & COUTINHO JÚNIOR

Pois bem. O descordo moral razoável surge diante de posicionamentos diametralmente opostos, ambos fundamentados em divergentes interpretações dos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, por parte dos cidadãos, notadamente diante de temas que polarizam o debate público, como interrupção da gestação, uniões homoafetivas, liberdade de credo, consumo de substâncias entorpecentes etc. Em casos desta magnitude, frequentemente o Judiciário, e principalmente o STF, é chamado a se manifestar. “Nessas matérias, como regra geral, o papel do direito e do Estado deve ser o de assegurar que cada pessoa possa viver sua autonomia da vontade e suas crenças” (Barroso, 2010, p. 21). Quando atua dessa forma, a Corte é taxada de ativista por setores políticos conservadores (mas não só), que desejam impor suas interpretações constitucionais sobre toda a coletividade. Deve-se prestigiar, assim, a máxima liberdade dos indivíduos, prestigiando suas individualidades, desde que, por óbvio, não se lesionem direitos fundamentais de terceiros.

Ademais, Luís Roberto Barroso leciona a existência de um papel denominado iluminista para as Supremas Cortes, que consiste em reconhecer que “Ao longo da história, alguns avanços imprescindíveis tiveram de ser feitos, em nome da razão, contra o senso comum, as leis vigentes e a vontade majoritária da sociedade” (2019, p. 24). Trata-se de reconhecer que a atuação ativista do Supremo Tribunal Federal pode se dar em favor de avanços civilizatórios em nome da razão e do humanismo, ainda que por intermédio de decisões judiciais fortemente contrárias à opinião pública e aos interesses dos setores políticos dominantes. O acadêmico destaca que “A razão iluminista aqui propagada é a do pluralismo e da tolerância, a que se impõe apenas para derrotar as superstições e os preconceitos, de modo a assegurar a dignidade humana e a vida boa para todos” (2019, p. 26).

Quando se questiona a imparcialidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, costuma-se destacar o fato de os magistrados receberem visitas pessoais de Ministros de Estado, deputados federais e senadores, dentre outras autoridades, fato que, como pontua Luís Roberto Barroso (2010), é tido por aceitável pela cultura política brasileira. Em que pese não se poder afirmar categoricamente que os magistrados deixam-se influenciar pelas figuras públicas com as quais dialogam, é hialino que essa circunstância evidencia a complexa teia política que envolve o processo decisório da Corte, bem como a coloca em descrédito com a opinião pública quando se consideram critérios como a moralidade e a impessoalidade.

Como contraponto ao ativismo judicial, há a figura da autocontenção judicial, defendida por setores mais conservadores que repudiam a interferência do Poder Judiciário nos demais Poderes constituídos. Confira-se, a propósito, as lições de Luís Roberto Barroso sobre o tema:

“O oposto do ativismo é a *autocontenção judicial*, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais: a) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; b) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e c) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.” (2012, p. 26)

Assim, conclui-se que enquanto o ativismo judicial busca expandir os poderes institucionais e interpretativos da Suprema Corte, a autocontenção judicial visa o oposto, buscando reduzir o grau de subjetivismo na aplicação da Constituição.

Por fim, Luís Roberto Barroso (2012, p. 32) afirma que “o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura”.

3. O efeito *backlash*: as reações do Congresso Nacional à atuação do STF

Aqui, cumpre definir o que se entende por efeito *backlash*. George Marmelstein o faz de modo simples e didático quando afirma que “o *backlash* é uma reação adversa não-desejada à atuação judicial. Para ser mais preciso, é, literalmente, um *contra-ataque* político ao resultado de uma deliberação judicial” (2016, p. 3). Não só. O acadêmico disserta sobre a sua configuração:

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

Desse modo, pode-se concluir que o efeito *backlash* nada mais é que a reação adversa dos atores políticos (Legislativo ou Executivo) contra decisões judiciais da Suprema Corte que considerem contrárias aos seus interesses, normalmente em temas polarizadores que mobilizam a opinião pública e que podem ser utilizados como mecanismo para angariar votos de setores conservadores da população em eleições.

Refutando a conclusão equivocada de que o efeito *backlash* apenas se desencadearia como reação de setores tradicionais da sociedade contra decisões judiciais progressistas, confira-se:

“A história do constitucionalismo norte-americano também fornece uma ótima ilustração de *backlash* ‘progressista’, a exemplo das reações ao caso *Bowers v. Hardwick* (1986), quando a Suprema Corte Norte-Americana deixou de pronunciar a inconstitucionalidade de uma lei que criminalizava a sodomia, inflamando uma avalanche de protestos. (...) Invocando o direito constitucional à privacidade, porquanto surpreendido na intimidade do seu lar, o acusado postulou a invalidade da lei estadual que criminalizava as práticas homossexuais. Contudo, a Suprema Corte se negou a fazê-lo, posicionamento que foi compreendido simbolicamente como um *apartheid* entre heterossexuais e homossexuais. A fração LGBT norte-americana reagiu ao julgado com ira, demonstrando que o *backlash*

ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E EFEITO *BACKLASH*

COUTINHO & COUTINHO JÚNIOR

nem sempre é uma tentativa de conservar o *status quo*, que ataca uma decisão transformadora ou subversiva. O caso narrado evidencia que o *backlash* também pode representar exatamente uma tentativa de mudança do *status quo*, reagindo-se contra uma decisão vocacionada à sua manutenção.” (Fonteles, 2019, p. 28)

A respeito da possibilidade de o Congresso Nacional aprovar lei com teor frontalmente contrário a uma decisão do STF e sua questionável legitimidade, fenômeno caracterizador do efeito *backlash* que evidencia as relações de freios e contrapesos entre os Poderes constituídos, veja-se o que diz Alexandre de Freitas Carpenedo:

“De fato, sabe-se que mesmo decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade não vinculam o Poder Legislativo em suas funções típicas (legiferantes). Assim, tecnicamente, é possível a elaboração de lei em sentido idêntico àquela já considerada pelo Pretório Excelso como violadora da Constituição. Por outro lado, sob a ótica da legitimidade, referido procedimento é bastante questionável, uma vez que, no fim das contas, está-se a ignorar a manifestação do Poder Judiciário realizada, igualmente, em sua função típica.” (2022, p. 384-385)

Sobre o efeito *backlash* e as reações do Parlamento brasileiro a decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal em casos controvertidos perante a opinião pública, Marmelstein apresenta uma síntese:

“No Brasil, também é notória a presença do efeito backlash, fruto da reação política ao aumento do protagonismo judicial nas últimas décadas. É perceptível a ascensão política de grupos conservadores, havendo, de fato, um risco de retrocesso em determinados temas. A cada caso polêmico enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, tenta-se, na via política, aprovar medidas legislativas contrárias ao posicionamento judicial.

Assim, por exemplo, o reconhecimento da validade jurídica das uniões homoafetivas pelo Supremo Tribunal Federal [ADI n. 4277 e ADPF n. 132] tem gerado, na via política, o crescimento de vozes favorável [sic] ao chamado Estatuto da Família, que pretende excluir as relações homoafetivas da proteção estatal.

Do mesmo modo, a decisão do Supremo Tribunal Federal de não-criminalizar a antecipação terapêutica do parto, em caso de anencefalia do feto [ADPF n. 54], bem como a decisão favorável à realização de pesquisas científicas com células-tronco embrionárias [ADI n. 3510], provocou o fortalecimento político de grupos mais conservadores, favoráveis ao chamado Estatuto do Nascituro, cujo objetivo principal é proibir absolutamente o aborto e as pesquisas com células-tronco.” (2016, p. 11)

Glauco Leite, por sua vez, discorre acerca das múltiplas e variadas reações das instâncias majoritárias de poder com o objetivo de tentar modificar decisões e interpretações oriundas dos tribunais superiores, além de traçar um paralelo estabelecendo como essas dinâmicas realçam a ideia de supremacia judicial das cortes constitucionais. Além disso, permite entrever que essas represálias podem estimular a animosidade entre as instituições e o fortalecimento descomedido do Supremo Tribunal Federal com o objetivo de se blindar de ataques oriundos dos demais Poderes:

“(...) a história tem fornecido exemplos de como as instâncias majoritárias já pretenderam alterar as interpretações construídas por tribunais, a exemplo da Suprema Corte norte-americana e do STF, e que fogem ao modelo de interação com base nas teorias dialógicas. Dessa maneira, estratégias políticas como *packing the court* [aumentar a composição do Tribunal], *impeachment* de magistrados, redução salarial, diminuição de recursos destinados ao Tribunal e desobediência às suas decisões são formas drásticas e desesperadas de diálogo que

COUTINHO & COUTINHO JÚNIOR

comprometem a independência judicial. A adoção dessas medidas reflete, ainda que implicitamente, o reconhecimento da supremacia judicial como condição da política ordinária. Em outras palavras, por supor que as interpretações construídas pelas Cortes são irreversíveis pelas deliberações políticas, respeitando as regras do jogo democrático, é que se parte para represálias institucionais no afã de uma mudança jurisprudencial. Porém, ao contrário de estimular um diálogo entre iguais, tais estratégias desequilibram as relações entre os interlocutores.” (2015, p. 46)

Certamente um exemplo bem-sucedido de reação legislativa a uma decisão da Suprema Corte, e possivelmente o mais conhecido, foi o caso da vaquejada. Após a promulgação da Lei estadual do Ceará n. 15.299/2013, que reconhecia a prática da vaquejada como uma atividade desportiva e cultural, o Supremo Tribunal Federal, na ADI n. 4983, decidiu pela inconstitucionalidade do diploma normativo referido, ante a violação do artigo 225, inciso VII, da Constituição Federal de 1988, que viola a prática de atos que submetam os animais à crueldade. A propósito, veja-se o acórdão:

“PROCESSO OBJETIVO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ATUAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO – Consoante dispõe a norma imperativa do § 3º do artigo 103 do Diploma Maior, incumbe ao Advogado-Geral da União a defesa do ato ou texto impugnado na ação direta de inconstitucionalidade, não lhe cabendo emissão de simples parecer, a ponto de vir a concluir pela pecha de inconstitucionalidade. VAQUEJADA – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ANIMAIS – CRUELDADE MANIFESTA – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – INCONSTITUCIONALIDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada.”

(STF, ADI nº 4.983/CE, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. 06/10/2016, DJe 27/04/2017)

Todavia, pouco tempo depois, o Congresso Nacional aprovou a Lei n. 13.364/2016, que reconheceu a vaquejada, dentre outros, como manifestação cultural nacional e a elevou à condição de bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro. Não obstante, igualmente promulgou a Emenda Constitucional n. 96/2017, que incluiu o § 7º ao artigo 225 do Texto Maior, estabelecendo que:

“§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do artigo 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.”

Assim, em decorrência das referidas alterações legislativas, foi ajuizada a ADI n. 5728/DF, que almeja a declaração de inconstitucionalidade dos diplomas normativos suso mencionados, cujo julgamento atualmente encontra-se pendente em razão de pedido de vista do Ministro Flávio Dino. Por consequência, ainda que não definitivamente, pode-se afirmar a vitória a curto prazo do Congresso Nacional na reversão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal por intermédio da edição de Emenda Constitucional com teor diametralmente oposto à interpretação proferida pela Corte no caso concreto envolvendo a vaquejada.

COUTINHO & COUTINHO JÚNIOR

Outro exemplo de efeito *backlash* que, todavia, não se encontra concretizado, foi a proposição do Projeto de Lei nº 6.583/2013, de autoria do Deputado Federal Anderson Ferreira (PR/PE), que visa a instituir o Estatuto da Família, cujo artigo 2º dispõe que “Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. Como se percebe, trata-se de reação legislativa à decisão proferida pelo STF na ADPF 132, que estabeleceu a igualdade jurídica entre as uniões estáveis heteroafetivas e homoafetivas, vedando-se qualquer possibilidade de diferenciação entre ambas. O PL, atualmente, encontra-se parado na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, ante a apresentação de recurso para que o parecer conclusivo da comissão especial instituída para se debruçar sobre o projeto legislativo seja deliberado em Plenário, vez que houve delegação *interna corporis* no caso. Percebe-se que o PL nº 6.583/2013 já nasce maculado pelo vício da inconstitucionalidade material, vez que busca consagrar em diploma normativo infraconstitucional entendimento diametralmente oposto àquele já consagrado pelo Supremo, algo que a Corte entende como usurpação de sua competência em proferir a palavra final quanto à interpretação da Constituição.

A PEC nº 45/2023 também é exemplo de efeito *backlash* em curso no Brasil. A PEC, de autoria do Senador e então Presidente do Congresso Nacional Rodrigo Pacheco (PSD/MG), altera o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 para criminalizar o consumo pessoal de drogas, independentemente da quantidade. Aprovada em dois turnos de votação por ampla maioria favorável (53 votos a favor em primeiro turno e 52 em segundo), a PEC seguiu para a Câmara dos Deputados, onde hoje se encontra quando da elaboração deste trabalho. É hialino o objetivo de reverter a descriminalização do consumo pessoal de drogas e o parâmetro de quarenta gramas estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal para diferenciar usuários e traficantes no RE n. 635.659/SP. Cabe aguardar qual será o destino da PEC nº 45/2023 e como o STF reagirá a sua possível promulgação.

Pode-se apontar outro exemplo paradigmático de disputa entre o Parlamento e o STF sobre a última palavra em matéria constitucional: a tese do marco temporal para a demarcação de terras indígenas. A problemática remonta à Petição 3.388, de Roraima, em que se discutia a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol. O Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, dentre uma série de salvaguardas institucionais, estabeleceu, na ementa, a origem da tese do marco temporal:

“(…) 11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa – a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) – como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.”

(STF, Pet. 3.388/RR, Rel. Min. Ayres Britto, Pleno, j. 19/03/2009, DJe 01/07/2010)

Entretanto, em posterior composição da Corte, no ano de 2023, durante o julgamento do RE n. 1017365/SC, sob relatoria do eminente Ministro Edson Fachin, declarou-se a inconstitucionalidade do marco temporal como requisito a ser observado durante a demarcação de terras indígenas, devendo-se observar, para tanto, estudos antropológicos que demonstrem a tradicionalidade da posse indígena, entendida esta como

mais que a mera posse de determinado espaço geográfico quando da promulgação da Lei Fundamental.

Insatisfeito com o precedente, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 14.701/2023, estabelecendo expressamente, no *caput* de seu artigo 4º, que consideram-se terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas aquelas que, na data de promulgação da Constituição Federal de 1988, preenchem simultaneamente os requisitos estabelecidos no corpo da norma. Como se depreende, trata-se de clara resposta do Parlamento ao Supremo Tribunal Federal, dada a rapidez com que o então Projeto de Lei nº 490/2007, cuja tramitação encontrava-se estancada desde 2021, foi movimentado desde o requerimento de urgência apresentado em 24/04/2023, obtendo aprovação em 30/05/2023, pouco mais de um mês depois. Não obstante, tramita perante a Suprema Corte brasileira a ADI n. 7582, proposta pela Apib (Articulação dos Povos Indígenas do Brasil) e por um conjunto de partidos da esquerda do espectro político, pretendendo a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 14.701/2023, dado violar frontalmente a jurisprudência do Tribunal. A ação encontra-se suspensa em virtude de decisão do relator, Ministro Gilmar Mendes, que instaurou um processo de conciliação para versar sobre a controvérsia.

Talvez o exemplo mais recente e emblemático de duelo entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional se dê no âmbito das emendas parlamentares, recursos do orçamento que são destinados pelos congressistas para as suas bases eleitorais sem a necessidade de vinculação a algum projeto. No bojo da ADI n. 7697 MC-Ref, o relator, Ministro Flávio Dino, em decisão monocrática liminar, suspendeu a execução das emendas por considerá-las desprovidas de “critérios técnicos de eficiência, transparência e rastreabilidade”, vedando qualquer interpretação que lhes atribua caráter de absoluta impositividade, dado o orçamento da União estar vinculado a atuação discricionária do Poder Executivo, não do Legislativo. A liminar, em seguida, foi referendada por unanimidade pelo Plenário do STF. Determinou-se, ademais, que as emendas ficassem suspensas até que os Poderes Legislativo e Executivo, em conjunto, regulamentassem os novos procedimentos a serem adotados, observando os parâmetros estabelecidos pela Corte.

A reação do Parlamento foi rápida, avançando a tramitação de duas propostas de emendas à Constituição e de dois projetos de lei: (i) a PEC nº 28/2024, de autoria do Deputado Federal Reinhold Stephanes (PSD/PR), que determina a remessa imediata de decisões monocráticas liminares ao Plenário do Supremo e permite ao Congresso Nacional sustar os efeitos de decisão do STF que considere exorbitar do adequado exercício da jurisdição constitucional, bem como exorbitar o ordenamento jurídico; (ii) a PEC nº 8/2021, de autoria do Senador Orlino Guimarães (PODEMOS/PR), que veda a concessão de medidas cautelares em decisões monocráticas de relatores que suspendam a eficácia de leis, atos normativos e atos dos presidentes dos demais Poderes da República, sujeitando essa questão ao voto favorável da maioria absoluta de membros do plenário ou do órgão especial dos tribunais; (iii) o PL nº 658/2022, de autoria do Deputado Federal Paulo Eduardo Martins (PSC/PR), que estabelece como nova hipótese de crime de responsabilidade para os Ministros do Supremo Tribunal Federal a conduta de manifestar opinião, em qualquer meio de comunicação, sobre processo pendente de julgamento; e (iv) o PL nº 4.754/2016, de autoria do Deputado Federal Sóstenes Cavalcante (PSD/RJ), que tipifica como crime de responsabilidade dos Ministros do STF a usurpação de competências dos Poderes Executivo ou Legislativo.

Não obstante, em articulação política conjunta, o Executivo e o Legislativo trabalharam juntos na edição da Lei Complementar nº 210/2024, disciplinando justamente a proposição e a execução das emendas parlamentares. Ainda assim, com referendo do Plenário, o Ministro Flávio Dino suspendeu o pagamento de emendas de comissão que representavam R\$ 4,2 bilhões, por entender que o ofício de indicação encaminhado pelo Congresso Nacional violava flagrantemente a legislação vigente, além de determinar a apresentação e aprovação prévia de planos de trabalho indicando a origem e o destino dos recursos advindos do orçamento para o cumprimento das emendas, bem como a identificação do parlamentar solicitante e da ata da comissão que a aprovou, no caso das emendas de comissão. Tratava-se de reconhecer que, apesar do acordo político entre os Poderes Executivo e Legislativo, as emendas parlamentares continuavam não seguindo os requisitos constitucionais de transparência e rastreabilidade.

Em momento posterior, curiosamente de crise entre o Executivo e o Parlamento, que se recusava a deliberar sobre o pacote de corte de gastos do Governo Federal, bem como sobre a regulamentação da Reforma Tributária, como reconhece reportagem vinculada pela CNN Brasil em dezembro de 2024, o Ministro Flávio Dino, reconhecendo as consequências adversas oriundas da suspensão das emendas de comissão, liberou o pagamento das emendas cujos pagamentos tivessem sido empenhados antes da suspensão do ofício supra mencionado.

Em razão de a investigação e discussão acerca das emendas parlamentares não ser o objetivo deste trabalho, opta-se por não prolongar o assunto. Todavia, nota-se que o embate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional quanto às emendas tende a se prolongar no tempo, evidenciando rico exemplo de como cada um dos Poderes reage às investidas dos demais, em nítido esforço de se autoafirmar e preservar as suas prerrogativas. Por consequência, vislumbra-se que o efeito *backlash* não é estático e imediato no tempo, podendo se desdobrar em uma série de eventos políticos que se sucedem.

4. A teoria dos diálogos institucionais como superação da crise interpretativa constitucional

Antes de se falar na teoria dos diálogos institucionais como um mecanismo apto a superar a atual crise que se vivencia entre as instituições de representação popular (Executivo e Legislativo) e o Poder Judiciário, é fundamental reconhecer que esses órgãos estão em constante interação entre si, decorrência natural do sistema de freios e contrapesos adotado pelo constituinte. Essas interações se dão de diversas maneiras e podem variar de acordo com o desenho institucional de cada país, conforme reconhece Diego Arguelles:

“(...) dependendo do desenho institucional do país, os pontos de interação entre os três poderes podem ir muito além da simples e direta escolha pela obediência ou não às decisões judiciais. No Brasil, por exemplo, o presidente e o Senado preenchem em ação conjunta as vagas no STF. São também os outros dois poderes que legislam e alteram a Constituição, dialogando assim com interpretações passadas do STF com as quais estejam em desacordo – ainda que, no caso do Brasil, o STF entenda que tem a última palavra sobre a constitucionalidade material das próprias emendas, um exemplo de competência raramente encontrada no direito comparado e que aumenta bastante o poder da instituição.” (2009, p. 06)

COUTINHO & COUTINHO JÚNIOR

Percebe-se, no cenário contemporâneo, um conflito entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, especificamente naquilo que tange à demarcação dos limites de atuação de cada um deles, sem que se possa falar em usurpação de competências (Benvindo, 2014). É imprescindível reconhecer que o conflito existe para que, somente assim, possa-se falar em sua superação:

“(...) a tese de que o Judiciário, desde o advento do controle de constitucionalidade, exerceu, de forma estável e indisputada, a função de árbitro final dos conflitos constitucionais, revela a mesma visão açucarada e utópica presente no argumento de que a supremacia judicial é uma implicação lógica da supremacia da Constituição. A bem da verdade, a análise da evolução do constitucionalismo revela uma renhida luta entre os departamentos estatais para que os cidadãos – ou mais realisticamente, os grupos políticos e econômicos bem estruturados – aderissem a filosofias políticas, modelagens institucionais e conceitos de Constituição que lhes atribuísssem a condição de intérpretes últimos e autênticos da Constituição, tendo tal autoridade trocado de mãos por diversas vezes desde a gênese do constitucionalismo moderno com as Revoluções Burguesas.” (Pessanha, 2011, p. 38)

A atuação do Supremo Tribunal Federal como o único responsável pela salvaguarda dos preceitos constitucionais e pela sustentação do jogo democrático empobrece o debate, de modo que Glauco Leite (2015, p. 47) reconhece que essa formulação:

“(...) estabelece uma relação hierárquica em que a Corte se situa em um pedestal, apontando, de maneira infalível, os desvios praticados pelos outros poderes. A consequência desse problema é o desperdício das potencialidades que uma interação dialógica e horizontal pode proporcionar na concretização das normas constitucionais.”

É imperioso reconhecer que o Poder Legislativo não pode ser reconhecido como um órgão arbitrário, em que as discussões e deliberações não são pautadas por racionalidade argumentativa, mas supostamente por interesses individuais dos representantes democraticamente eleitos. Exemplo dessa inferência pode ser reconhecido na decisão liminar proferida pelo Ministro Gilmar Mendes no MS 32.033/DF, em que o Ministro suspendeu a tramitação do PL nº 4.470/2012, oriundo da Câmara dos Deputados, que definia novas regras partidárias, sob o argumento de que “Essa interferência seria ofensiva à lealdade da concorrência democrática, afigurando-se casuística e direcionada a atores políticos específicos”, além de reconhecer a “extrema velocidade de tramitação do mencionado projeto de lei – em detrimento da adequada reflexão e ponderação que devem nortear tamanha modificação na organização política nacional”.

Nesse contexto, Rodrigo Pessanha identifica que existe no horizonte a possibilidade de o Poder Judiciário pretender se fazer substituir ao Poder Legislativo, afirmando que “É flagrante o risco de o Judiciário, a pretexto de interpretar a Constituição – já que esta lhe conferiu a competência para protegê-la –, atuar como substituto do poder constituinte, dotando as suas decisões de uma eficácia inclusive superior à das normas constitucionais” (2011, p. 37). Assim, caminhar-se-ia para um sistema em que o Direito não mais seria criação do legislador, mas sim de juízes dotados de amplos poderes em se tratando de interpretar a Lei Maior. Desse modo, estaria em xeque a democracia brasileira em sua dimensão representativa, tornando inviável o exercício do poder pelo povo por intermédio de seus representantes eleitos, da forma como prescreve o parágrafo único do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

COUTINHO & COUTINHO JÚNIOR

Como bem pontua Benvindo (2014, p. 77-78), “De um lado, a decisão judicial é o espelho da racionalidade e da justificação coerente; do outro, a decisão política é o resultado da irracionalidade e de interesses mesquinhos e injustificáveis sob as bases do constitucionalismo democrático”. Ou seja, o âmbito de atuação do Judiciário é visto como superior, por refletir valores consagrados pela sociedade, tais como racionalidade e imparcialidade, enquanto o Parlamento é encarado como um órgão pautado por atuações individualistas em busca da satisfação de interesses pessoais dos próprios parlamentares, onde as discussões não seriam pautadas pela razão. Não só. O autor ainda assevera que “entre reconhecer a relevância da existência de um tribunal exercendo a jurisdição constitucional e concluir que ele tem a ‘última palavra’, há um salto deveras largo” (Benvindo, 2014, p. 88), revelando que a existência de uma corte constitucional, de *per se*, não fecha as portas do diálogo institucional, sendo incorreto afirmar que o exercício da “última palavra” em matéria de interpretação constitucional pelo Judiciário decorreria logicamente do sistema.

“Em uma democracia constitucional plural e complexa, a interpretação constitucional não pode ficar enclausurada no Poder Judiciário, de sorte que os demais atores estatais e sociais apresentam credenciais que os legitimam a participar da construção do sentido da constituição.” (Leite, 2015, p. 43)

Urge, assim, reconhecer que as “cortes são também um fórum para tomar decisões sociais em um contexto de desacordo, mas, embora tenham muitas vantagens, não são necessariamente as mais representativas ou as mais respeitadoras das vozes divergentes na comunidade” (Waldron, 1999, p. 16, tradução nossa). Destaca-se que o Poder Judiciário não pode ser tido por único órgão capaz de fazer escolhas legítimas e consoantes com os anseios populares, vez que há um âmbito de discricionariedade que deve ser obrigatoriamente preenchido pelos representantes do povo democraticamente eleitos. A propósito, veja-se a lição de Barroso (2012, p. 28):

“A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à *lei*, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso.”

O diálogo institucional, conforme lição de Louis Fisher (1988) reside na percepção de que o constitucionalismo democrático é delineado por interações intrínsecas entre os Poderes, bem como na aceitação do caráter político nítido de cada um deles, em que pesem suas especificidades. Por conseguinte, conclui bem Juliano Zaiden Benvindo (2014, p. 73) quando afirma que “é altamente falacioso acreditar que o Judiciário é meramente um Poder técnico e, desse modo, alheio à política, aos jogos de poder”.

Em interessante colocação, Glauco Leite argumenta que as decisões judiciais devem ser encaradas não como uma porta que se fecha em relação à interpretação constitucional, mas como um novo ponto de partida para a atuação dos demais Poderes, que são convidados a interagirem entre si:

“Por isso, deve-se pensar que as decisões do STF não precisam ser consideradas o desfecho de profundas divergências sobre valores constitucionais, pois elas abrem caminho para importantes decisões político-administrativas dos demais poderes. Assim, a perspectiva dialógica não é cética em relação à contribuição da jurisdição constitucional, especialmente no que tange à tutela de direitos, mas também não é tributária de um exaurimento judicial das possibilidades

COUTINHO & COUTINHO JÚNIOR

interpretativas da Constituição. Ela permite o resgate da política à medida que convoca os Poderes Legislativo e Executivo a assumirem sua parcela de responsabilidade na construção compartilhada de soluções constitucionais.” (2015, p. 47)

Não se olvida que a decisão a respeito de certos temas seja deliberadamente transferida para o Supremo Tribunal Federal por parte dos parlamentares, justamente com o objetivo de se furtarem das eventuais consequências negativas advindas da opinião popular, em especial em se tratando de temas polarizadores. Luís Roberto Barroso sintetiza bem quando afirma que “atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade” (2010, p. 9). É fundamental, portanto, reconhecer que “delegar a autoridade de fazer política para as cortes pode ser um meio eficiente de transferir responsabilidade e, portanto, reduzir seus riscos [dos políticos] e do aparato institucional em que eles operam” (Hirschl, 2007, p. 136, tradução nossa). Todavia, não se pode atribuir à Suprema Corte o papel de deliberar sobre todos os temas que causem comoção nacional, sob pena de esvaziamento das instituições democráticas de representação do povo.

Reitera-se que, em que pese haver certo consenso sobre o Poder Judiciário possuir a última palavra sobre a interpretação da Constituição, não se deve dar por encerrada a discussão e o debate públicos, vez que viável e, até mesmo, desejável a participação de outros atores no processo de descobrir o verdadeiro sentido dos preceitos constitucionais. A propósito, Rodrigo Pessanha:

“Efetivamente, tal perspectiva ignora o fato de o Judiciário não ter a chave do cofre nem a espada, dependendo da atuação dos demais poderes para fazer valer a sua decisão, sendo, aliás, bastante raros os casos de linhas jurisprudenciais que se mantiveram sólidas ao longo de anos a fio, apesar de contrárias à sólida opinião pública e a consenso estabelecido nos demais poderes. Portanto, após o Judiciário dar a ‘última palavra’ sobre o sentido da Constituição, ao invés de ser encerrada a discussão, normalmente se verifica o desencadeamento de um processo de interação entre diversos atores: o Congresso Nacional, o Presidente, órgãos administrativos, associações civis e corporativas, a comunidade jurídica e o público em geral. Em poucas palavras: há condicionantes políticas à expansão do Poder Judiciário, assim como há limites políticos à sua atividade.” (2011, p. 106)

Ainda sobre os diálogos institucionais, Glauco Leite faz uma construção argumentativa demonstrando que a concordância dos atores políticos (Legislativo e Executivo) com as decisões do Supremo Tribunal Federal também pode ser considerada como uma forma de interação, de onde se pode extrair a conclusão de que a Corte deteria apenas em tese a última palavra sobre a interpretação constitucional, ante a possibilidade de reações dos demais Poderes:

“A aquiescência do legislador pode configurar uma forma de diálogo, especialmente quando a Corte enfrenta uma controvérsia constitucional que exigiria um custo político muito alto para as instâncias majoritárias por ter que enfrentar um tema que polariza a opinião pública. (...) Assim, apenas aparentemente a Corte está dando a última palavra, pois, a rigor, a concordância por parte dos atores políticos pode significar que eles não querem ou não podem assumir a defesa de um dos lados, em uma controvérsia tão intensa.” (2015, p. 44)

Bem conclui Louis Fisher (1988, p. 244, tradução nossa) quando afirma que “como o registro histórico amplamente comprova, a Corte não é final, tampouco infalível. Decisões judiciais mantêm-se inatingidas apenas na medida em que o Congresso, o Presidente e o público em geral consideram as decisões convincentes, razoáveis e aceitáveis”. Assim,

ressalta-se a necessidade de legitimação das decisões judiciais por intermédio da argumentação racional, consubstanciada na motivação e fundamentação adequadas a serem levadas a cabo pelos magistrados, de modo a possibilitar verdadeiro controle pelo crivo da opinião pública.

Não só. Conforme ressalta Luís Roberto Barroso, os tribunais devem levar em consideração a possibilidade de efetivo cumprimento de suas decisões, o que exige a atuação conjunta com outros atores institucionais:

“Tribunais, como os titulares de poder em geral, não gostam de correr o risco de que suas decisões não sejam efetivamente cumpridas. E, portanto, esta é uma avaliação ordinariamente feita por órgãos judiciais, ainda que não seja explicitada. Tribunais não têm tropas nem a chave do cofre. Em muitas situações, precisarão do Executivo, do Congresso ou mesmo da aceitação social para que suas deliberações sejam cumpridas. Há exemplos, em diferentes partes do mundo, de decisões que não se tornaram efetivas.” (2010, p. 30)

Assim, ressalta-se a necessidade de um diálogo institucional efetivo não só para garantir maior legitimidade à interpretação constitucional, assegurando-se a participação de outros atores sociais, mas também para garantir máxima efetividade no cumprimento das decisões judiciais, verdadeiro exercício da soberania estatal. Ainda sobre a necessidade de legitimidade democrática do Poder Judiciário brasileiro como forma de assegurar a observância dos pronunciamentos judiciais:

“Cortes constitucionais, como os tribunais em geral, não podem prescindir do respeito, da adesão e da aceitação da sociedade. A autoridade para fazer valer a Constituição, como qualquer autoridade que não repouse na força, depende da confiança dos cidadãos. Se os tribunais interpretarem a Constituição em termos que divirjam significativamente do sentimento social, a sociedade encontrará mecanismos de transmitir suas objeções e, no limite, resistirá ao cumprimento da decisão.” (Barroso, 2010, p. 33).

Entretanto, não se deve olvidar do papel contramajoritário que as Cortes devem exercer quando se trate da proteção de direitos fundamentais de minorias, mesmo diante de uma provável reação negativa da sociedade, vez que a democracia, conforma supra narrado, significa mais que mero governo da maioria, mas um governo de todos, além de a dignidade da pessoa humana servir de norte para o ordenamento jurídico pátrio (art. 1º, *caput*, III, da CRFB). Afinal, “o mérito de uma decisão judicial não deve ser aferido em pesquisa de opinião pública” (Barroso, 2010, p. 34).

“Isso não quer significar que suas decisões [do Supremo Tribunal Federal] sejam sempre acertadas e revestidas de uma legitimação *a priori*. Se o Tribunal for contramajoritário quando deveria ter sido deferente, sua linha de conduta não será defensável. Se ele se arvorar em ser representativo quando não haja omissão do Congresso em atender determinada demanda social, sua ingerência será imprópria. Ou se ele pretender desempenhar um papel iluminista fora das situações excepcionais em que deva, por exceção, se imbuir da função de agente da história, não haverá como absolver seu comportamento.” (Barroso, 2019, p. 34)

Desse modo, é forçoso reconhecer que “o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea, antes eleva do que diminui” (Barroso, 2012, p. 30). Veja-se, aqui, que não se trata de interferir na atuação dos magistrados, tampouco de restringir seus poderes e garantias, mas de reconhecer que nem toda atuação é

bem-vinda no jogo político e que, em certos momentos, uma postura mais introspectiva é de fato favorável ao funcionamento dos mecanismos democráticos.

“(…) a teoria dos diálogos procura ressaltar as capacidades institucionais de cada poder na tomada de decisões constitucionais, em contextos diversos. Assim, para se compreender a importância do papel do Poder Judiciário na dinâmica de um diálogo interorgânico, é preciso levar em conta suas características estruturais, em comparação com as dos demais poderes. Logo, variáveis como a independência das Cortes em relação aos atores políticos, obrigação de decidir, dever de motivação das decisões judiciais e maior desenvoltura para lidar com direitos das minorias são fatores que não podem ser ignorados para entender o Poder Judiciário como uma instância catalisadora na criação ou correção de políticas públicas pelos demais poderes estatais.” (Leite, 2015, p. 45)

Assim, pondera-se que a teoria dos diálogos institucionais busca explorar as aptidões únicas de cada um dos Poderes no que tange à interpretação constitucional, de forma a estabelecer a possibilidade de relações entre as instituições como forma de possibilitar um controle recíproco acerca da interpretação constitucional, submetendo-a à dinâmica dos freios e contrapesos. Ainda percorrendo sobre as características singularidades de juízes e legisladores no exercício da missão conjunta de atribuir sentido à Constituição, veja o que dizem Daniel Hachem e Eloi Pethechust:

“Tanto juízes quanto legisladores podem aprender reciprocamente com a visão do outro, visto que cada qual está apto a apresentar valiosas contribuições ao debate constitucional a partir de uma perspectiva distinta. Se de um lado o relativo isolamento dos juízes em relação às pressões políticas confere a eles uma liberdade maior para identificar os casos em que leis impõem restrições a direitos constitucionais indevidas e decorrentes de interesses escusos, de outro o Poder Legislativo detém maior expertise para tratar de questões que envolvem o atingimento de objetivos político [sic] que exijam restringir direitos, com apoio em dados, informações e experiências próprios dos órgãos políticos do Estado.” (2020, p. 237-238)

Por consequência, rompe-se com a ideia de que o Judiciário deteria sempre a última palavra em matéria constitucional, vez que nem sempre será o mais habilitado para deliberar sobre certas questões que devem estar reservadas à deliberação política majoritária.

Conclusão

Viu-se que o Estado constitucional democrático, ou Estado democrático de direito, como preferem alguns, em que vigora a separação de poderes, a soberania popular, a alternância no poder e o respeito aos direitos fundamentais e às minorias políticas, tornou-se o modelo institucional predominante no mundo contemporâneo. Em um contexto pós-positivista, ganharam força os princípios, que agora residem no texto constitucional, que deixa de ser visto como um convite à atuação política do Legislativo e do Executivo e passa a ser compreendido como dotado de normatividade, sendo o núcleo do ordenamento jurídico, de onde todas as demais normas extraem seu fundamento de validade. Por conseguinte, surgem os tribunais constitucionais e os mecanismos de controle de constitucionalidade, visando resguardar as regras do jogo democrático e o respeito a direitos fundamentais e outros valores que estão acima da deliberação política majoritária, não podendo por ela serem suprimidos.

Elucidou-se que, no cenário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal torna-se cada vez mais uma personagem protagonista no âmbito político-institucional em decorrência de

inúmeros fatores que convocam a Corte a atuar e a se manifestar sobre os mais diversos temas: judicialização da política, modelo de constitucionalismo analítico adotado, controle de constitucionalidade misto e mais abrangente que o da maioria das demais nações, constitucionalização do Direito, introspecção e crise representativa do Legislativo, dentre outros. Assim, constrói-se, paulatinamente, uma noção de supremacia judicial que culmina na atribuição de o STF proferir a última palavra em se tratando de interpretação constitucional, sobrepondo-se a todos os demais atores e Poderes. Reconhece-se, ademais, que os próprios Ministros do Tribunal contribuem para o seu processo de fortalecimento institucional, destacadamente por intermédio de suas interpretações jurisprudenciais, que, muitas vezes, redimensionam o modo de se fazer política no Brasil.

Constatou-se que, no exercício de suas atribuições, o Supremo Tribunal Federal pode adotar interpretações sobre a Constituição que não correspondam à vontade da maioria, ou que sequer encontrem fundamento exposto no Texto Fundamental. Críticos afirmam que, ao aplicar a Constituição a situações não expressamente previstas, os Ministros da Corte cometem o que se convencionou denominar de ativismo judicial, ou seja, um conjunto de decisões que não se baseiam exclusivamente no sentido literal da norma jurídica, mas que encontram respaldo na interpretação de princípios, enunciados vagos e conceitos jurídicos indeterminados, cujo processo de significação requer certa dose de subjetivismo por parte do intérprete. Não obstante, afirmam que o contato com temas politizados colabora para comprometer, ainda que inconscientemente, a imparcialidade dos magistrados. Assim, questiona-se a legitimidade do Tribunal em invalidar atos legislativos que correspondem à vontade do segmento majoritário da sociedade.

Verificou-se, ademais, que o ativismo judicial é um termo utilizado por setores políticos para criticar justamente decisões que vão de encontro às suas pretensões, sendo utilizado pejorativamente tanto para se referir a jurisprudências progressistas, quanto conservadoras. Por consequência, a expressão passa a designar um conjunto heterogêneo de posturas por parte das Supremas Cortes e Cortes Constitucionais mundo afora. No Brasil, em específico, o ativismo judicial é indissociável da percepção de que o STF costuma atuar em defesa de minorias políticas, desagradando majorias democraticamente eleitas.

Abordou-se, ainda, a justificativa apresentada para legitimar a atuação supostamente ativista dos tribunais: o papel contramajoritário e iluminista das Supremas Cortes, que devem sim contrariar a vontade majoritária da população quando se trate de garantir a vigência da Constituição e a proteção dos direitos fundamentais de minorias políticas, dada a compreensão de que a democracia abrange muito mais do que um mero governo da maioria, mas um governo de todos, sem discriminações de qualquer espécie. Ganha destaque a singularidade da proposição de Luís Roberto Barroso de que, em certas ocasiões, é papel do STF empurrar a sociedade em direção ao progresso e à civilização, como forma de prestigiar a razão e a argumentação racional no processo político.

Não só. Pode-se analisar que o Congresso Nacional tende a reagir à atuação do Supremo Tribunal Federal quando considere indevida sua interpretação constitucional em determinado assunto, desencadeando o que se denomina efeito *backlash*. Sendo aprovando leis infraconstitucionais ou Emendas à Constituição que contrariem o entendimento exposto da Corte a respeito de determinado assunto, seja avançando a tramitação de PLs e PECs que limitam os poderes do Tribunal e elencam novas hipóteses de crimes de responsabilidade para os seus Ministros, o Poder Legislativo demonstra o seu descontentamento e aciona um processo que não se esgota nas decisões do Supremo. O STF,

porém, não se queda inerte e, em diversos casos, reage, invalidando atos normativos que contrariem sua jurisprudência, manifestando que ações como as supra referidas são compreendidas como usurpação de competência. Desse modo, constata-se que o Judiciário e o Legislativo encontram-se em constante interação a respeito da aplicação da Lei Maior.

Reconhecendo-se essa dinâmica de interações, é imperioso destacar que o processo de interpretação constitucional não estar enclausurado no Supremo Tribunal Federal, mas deve decorrer da atuação de múltiplos setores. Assim, destaca-se que os três Poderes da República possuem características que tornam cada um mais habilitado a interpretar a Constituição em relação a determinados temas, sem prejuízo da interação com os demais. Nessa linha de pensamento, a teoria dos diálogos institucionais convida não só os atores políticos e institucionais a interagirem entre si no processo de atribuir sentido às normas constitucionais, mas toda a sociedade.

Dessa forma, conclui-se que o Judiciário deve ser deferente com as escolhas políticas do Legislativo e com a margem de discricionariedade que permeia a implementação de políticas públicas por parte do Executivo, intervindo e proferindo a última palavra apenas quando se trate de preservar as regras do jogo político democrático e os direitos fundamentais de minorias.

Referências

ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo na política: a construção da supremacia judicial no Brasil. Revista de Direito Administrativo, v. 250, p. 5-12, 2009. Disponível em: <https://hml-bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/4107/2867>. Acesso em: 03 jan. 2025.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. Revista Direito GV, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 405-440, maio/ago. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/hCRPpBpxFwSv4JhVJbhBKbK/?format=html>. Acesso em: 07 jan. 2025.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 12, n. 96, p. 5-43, fev./maio 2010. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/230>. Acesso em: 27 dez. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 02 jan. 2025.

BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. Cadernos da Escola de Direito, v. 2, n. 9, p. 258-301, 2017. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2621/2194>. Acesso em: 23 dez. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. Os Três Papeis Desempenhados pelas Supremas Cortes nas Democracias Constitucionais Contemporâneas. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 11-35, set./dez. 2019. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n3/tomo1/revista_v21_n3_tomo1_11.pdf. Acesso em: 04 jan. 2025.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. Revista de Informação Legislativa (Senado

**ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
E EFEITO *BACKLASH***

COUTINHO & COUTINHO JÚNIOR

Federal), Brasília, ano 51, n. 201, p. 71-95, jan./mar. 2014. Disponível em:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2640759. Acesso em: 26 dez. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 20257/DF, de 08 de outubro de 1980.

Relator: Ministro Decio Miranda. Relator para o acórdão: Ministro Moreira Alves. Diário da Justiça, Brasília, 27 fev. 1981. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85046>. Acesso em: 08 jan. 2025.

BRASIL, [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 dez. 2024.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm.

Acesso em: 08 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3367/DF, de 09 de dezembro de 2004. Relator: Ministro Cezar Peluso. Diário da Justiça, Brasília, 17 mar. 2006. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&numProcesso=3367>.

Acesso em: 05 jan. 2025.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2006. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 11 jan. 2025.

BRASIL. Projeto de Lei nº 490, de 2007. Altera a Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2007. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345311>. Acesso em: 12 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF, de 29 de maio de 2008. Relator: Ministro Ayres Britto. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 28 maio 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 28 dez. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3388/RR, de 19 de março de 2009. Relator: Ministro Ayres Britto. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 01 jul. 2010. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 12 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 635659/SP, de 22 de janeiro de 2011. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 27 set. 2024. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15370660456&ext=.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ, de 05 de maio de 2011. Relator: Ministro Ayres Britto. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 14 out. 2011. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 08 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 32033/DF, de 24 de abril de 2013.

Relator: Ministro Gilmar Mendes. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 29 abr. 2013. Disponível em:

https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiarnoticiastf/anexo/ms_32033.pdf. Acesso em: 26 dez. 2024.

BRASIL. Projeto de Lei nº 6.583, de 2013. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>. Acesso em: 12 jan. 2025.

BRASIL. Projeto de Lei nº 4.754, de 2016. Altera a redação do art. 39 da lei 1.079, de 10 de abril de 1950. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2079700#:~:text=PL%204754%2F2016%20Inteiro%20teor,Projeto%20de%20Lei&text=Alterar%20a%20reda%C3%A7%C3%A3o%20do%20art,Legislativo%20ou%20do%20Poder%20Executivo>. Acesso em: 13 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4893/CE, de 06 de outubro de 2016. Relator: Ministro Marco Aurélio. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 27 abr. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur366632/false>. Acesso em: 01 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 1017365/SC, de 14 de dezembro de 2016. Relator: Ministro Edson Fachin. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 15 fev. 2024. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=774190498>. Acesso em: 12 jan. 2025.

BRASIL. Lei nº 13.364, de 29 de novembro de 2016. Reconhece o rodeio, a vaquejada e o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestações culturais nacionais e dá outras providências. Brasília, DF: Diário da Justiça Eletrônico, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113364.htm. Acesso em: 02 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5728/DF, de 13 de junho de 2017. Relator: Ministro Dias Toffoli. Pendente de julgamento. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5208901>. Acesso em: 02 jan. 2025.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº 8, de 2021. Altera a Constituição Federal para dispor sobre os pedidos de vista, declaração de inconstitucionalidade e concessão de medidas cautelares nos tribunais. Brasília, DF: Senado Federal, 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/148030>. Acesso em: 13 jan. 2025.

BRASIL. Projeto de Lei nº 658, de 2022. Altera a Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, proibindo ao Senado Federal realizar novo juízo de admissibilidade da acusação contra Presidente da República após sua admissão pela Câmara dos Deputados e criando nova hipótese de crime de responsabilidade pelos ministros do Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2318399#tramitacoes>. Acesso em: 13 jan. 2025.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº 45, de 2023. Altera o art. 5º da Constituição Federal, para prever como mandado de criminalização a posse e o porte de entorpecentes e drogas afins sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Brasília, DF: Senado Federal, 2023. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/160011>. Acesso em: 12 jan. 2025.

BRASIL. Lei nº 14.701, de 20 de outubro de 2023. Regulamenta o art. 231 da Constituição Federal, para dispor sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/114701.htm. Acesso em: 12 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7582/DF, de 28 de dezembro de 2023. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pendente de julgamento. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6824370>. Acesso em: 12 jan. 2025.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº 28, de 2024. Acrescenta o art. 97-A e §§4º e 5º da Constituição Federal de 1988, para estabelecer o julgamento de referendo de liminares pelo colegiado de Tribunal, bem como criar hipótese de sustação de decisão do Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2024. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2448732&fichaAmigavel=nao>. Acesso em: 13 jan. 2025.

**ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
E EFEITO *BACKLASH***

COUTINHO & COUTINHO JÚNIOR

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7697/DF, de 08 de agosto de 2024. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF: Diário da Justiça Eletrônico, 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6997560>. Acesso em: 13 jan. 2025.
- BRASIL. Lei Complementar n° 210, de 25 de novembro de 2024. Dispõe sobre a proposição e a execução de emendas parlamentares na lei orçamentária anual; e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp210.htm. Acesso em: 13 jan. 2025.
- CARPENEDO, Alexandre de Freitas. O efeito *backlash* do Poder Legislativo como resposta ao ativismo judicial: situações paradigma no direito brasileiro. Revista E-Legis, Brasília, n. 37, p. 378-393, jan./abr. 2022. Disponível em: <https://e-legis.camara.leg.br/cefor/index.php/e-legis/article/view/661/1075>. Acesso em: 30 dez. 2024.
- CEARÁ. Lei n° 15.299, de 08 de janeiro de 2013. Regulamenta a vaquejada como Prática Desportiva e Cultural no Estado do Ceará. Fortaleza, CE: Diário Oficial do Estado do Ceará, 2013. Disponível em: <https://bela.ce.gov.br/index.php/legislacao-do-ceara/organizacao-tematica/cultura-e-esportes/item/2582-lei-n-15-299-de-08-01-13-d-o-15-01-13>. Acesso em: 02 jan. 2025.
- FISHER, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as political process*. Princeton: Princeton University, 1988.
- FONTELES, Samuel Sales. Direito e backlash. Salvador: Juspodivm, 2019.
- HACHEM, Daniel Wunder; PETTHECHUST, Eloi. Supremacia judicial no constitucionalismo brasileiro: riscos à democracia e as alternativas das teorias dos diálogos constitucionais. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 121, p. 203-250, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/829>. Acesso em: 06 jan. 2025.
- HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University, 2007.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 2. ed. v. 2. Coimbra: Arménio Amado Editora, 1962.
- LEITE, Glauco Salomão. Supremacia constitucional vs. supremacia judicial: a possibilidade de diálogos institucionais na interpretação da Constituição. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ, Belo Horizonte, ano 13, n. 17, p. 37-51, jan./jun. 2015. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/64843090/Glauco_Supremacia_Constitucional_x_Judicial-libre.pdf?1604418433=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DSupremacia_constitucional_vs_supremacia.pdf&Expires=1736095211&Signature=IxyY9u0H7aDzwAnGO0pN2xqv28nciHH~7Eobs0JSVkMMqRtZ8gLbDcVKJeqp87L6SYIQe-jtC~P8nDIx9siKkXLPMJarB0F7ae5zLco4sl1i12-uw-q56heIWrmIINojm-DduVR3M9qLB7EHau5VIJu0UVIYO97Z8985wbTiGTZvbMGj5kgOL9dr0z9P6TowJbwrWTCZH98p6QR8CRkMAGx5K1svhUV2grvfpCauyMq~-RbtokYuHPE8j~sTbjRbed7lwME0C~rKolDXJrL5VbMpDV4HhPEyqq2m4hMYgcV5xRS250C0w7Qd-Y~pCM~YH6rDTDQcjFm8krx6091Q__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 05 jan. 2025.
- MARMELSTEIN, George. Efeito *Backlash* da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial. Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro, v. 3, 2016. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/55545454/Marmelstein_George_-_Efeito_Backlash_da_Jurisdicao_Constitucional_Bolonha-libre.pdf?1516045741=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DEfeito_Backlash_da_Jurisdicao_Constituci.pdf&Expires=1735587010&Signature=CjzC~a6~00O5CX6AEuZECNNoidiUyTPp4IQgblwx-5gYQ47OET2eVAPrvcGZppF5UOEPeYXkRmrqUc1k3q0TsEhCC~kw7gr2ucecAO45vFRMh4Sn0Cb9ZigRwX6V~bJcEy7lAdxkZBcDnGrRMTqzmeWM3dh8qUGB3ACp~9PUUb6KJQq9cdYCB4kd51FtoVS9KMifKxS2Bi4LOh45PwNMhPE1wqF6SkD69BY2zftvymq9AUcXLOYuV1nz1l5lWhTCzEOjBAdTPe8FCAIguY3FP8Tzo7UnmTWXCFkZILPvbp2hmdrltcqw88xQ8kHcoynDnPx9J8qLFRtKfM4vubSg__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 30 dez. 2024.

MENDES, Gilmar Ferreira. Novos Aspectos do Controle de Constitucionalidade Brasileiro. *Direito Público*, v. 6, n. 27, p. 7-45, maio/jun. 2009. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1563/929>. Acesso em: 03 jan. 2025.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2018.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. São Paulo: Atlas, 2016.

O ESTADO DE SÃO PAULO. Ministros do STF criticam proposta de submeter decisões da Corte ao Congresso. São Paulo, 24 abr. 2013. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,ministros-do-stf-criticam-proposta-de-submeter--deciso-es-da-corte-ao-congresso,1025075,0.htm>. Acesso em: 26 dez. 2024.

PESSANHA, Rodrigo Brandão Viveiros. Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais. 2011. Tese (Doutorado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <https://www.bdt.d.uerj.br:8443/handle/1/9237>. Acesso em: 09 jan. 2025.

SANCHÍS, Luís Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s), Madrid: editorial Trotta, 2003, p. 131/132.

SOARES, Jussara; BORGES, Rebeca. De olho em votação do pacote fiscal, governo corre para liberar mais R\$ 8 bi em emendas. CNN Brasil, 2024. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/de-olho-em-votacao-do-pacote-fiscal-governo-corre-para-liberar-mais-r-8-bi-em-emendas/>. Acesso em: 13 jan. 2025.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University, 1999.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

COUTINHO, Giovani Penido; COUTINHO JÚNIOR, Bázilio de Alvarenga. Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal e efeito *backlash*. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, vol. 25, jan./dez. 2025, pp. 58-90. São Paulo: ESDC, 2025. ISSN: 1983-2303 (eletrônica).

Recebido em 16/06/2025
Aprovado em 30/06/2025



<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt-br>