

OS PODERES JUDICIÁRIO E LEGISLATIVO NO CASO DA VAQUEJADA: “EFEITO BACKLASH”

THE JUDICIAL AND LEGISLATIVE BRANCHES OF GOVERNMENT IN THE “VAQUEJADA” CASE: “BACKLASH EFFECTS”

Rodrigo Fonseca Marinho¹ e Julia Parreiras Martins²

Resumo: A separação de poderes e a teoria dos freios e contrapesos são noções presentes também no Direito brasileiro. Essas noções têm reforçado o debate sobre os limites da atuação do Supremo Tribunal Federal em cotejo com a esfera de atuação típica do Congresso Nacional. O chamado “efeito backlash” traduz bem essa interação entre os Poderes Judiciário e Legislativo, de ação e reação, o que é bem ilustrado pelo caso da vaquejada. A questão envolve ainda os impactos sobre a democracia, considerada neste estudo o seu conceito à luz do pensamento de Habermas. O método adotado foi o dedutivo, a partir de conceitos doutrinários, do julgado na ação direta de inconstitucionalidade 4.983/CE e da Emenda Constitucional 96/2017.

Palavras-chave: Poderes Judiciário e Legislativo; “Efeito backlash”.

Abstract: The Separation of powers and the Checks and Balances theory are ideas present in Brazilian law as well. Such ideas have generated debate about the limits to the exercise of Judicial Review by Brazil’s Supreme Court (STF) taking into account the typical attributes of Congress. The so-called “backlash effect” illustrates this interaction (forming an action-reaction pair) between the Judicial and Legislative branches – which is well illustrated in the “vaquejada” case (“vaquejada” is a Brazilian form of bullfighting). The article then reviews the democratic impact of the issue, considering the concept of democracy as conceived by Habermas. In the study, the method used was the deductive method, based on legal theory concepts, the Brazil’s Supreme Court ruling on the ADIN 4.983/CE case and the 96th Amendment to the Brazilian Constitution (EC 96/2017).

Keywords: Judicial and Legislative Branches; “Backlash effect”.

¹ Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia (FUMEC – Belo Horizonte). Advogado. Currículo Lattes <<http://lattes.cnpq.br/9331201160458957>>

² Mestranda em Instituições Sociais, Direito e Democracia (FUMEC – Belo Horizonte). Currículo Lattes <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K8920117D4>>

1 INTRODUÇÃO

A temática abordada no estudo aqui desenvolvido é o Direito Constitucional, especialmente a atuação dos Poderes Judiciário e Legislativo. O problema está em saber se o Supremo Tribunal Federal ao decidir com ativismo pode desbordar da tipicidade da sua função e assim gerar uma reação legislativa, legítima, contrária e de conteúdo mais democrático, como no caso da vaquejada.

A escolha do tema se justifica e é relevante para demonstrar que o protagonismo do Supremo Tribunal Federal, por vezes, pode imiscuir em tema cujo enfrentamento é mais apropriado na esfera legislativa, notadamente para lhe conferir um caráter mais democrático, já que a norma balizará o comportamento do povo, sendo esta a hipótese considerada.

O método adotado foi o dedutivo, a partir de conceitos doutrinários, do julgado na ação direta de inconstitucionalidade 4.983/CE e da Emenda Constitucional 96/2017. A conclusão levou em conta os aspectos de interesse em relação ao tema, como as noções de separação de poderes e freios e contrapesos, os limites das atuações típicas dos Poderes Judiciário e Legislativo, os impactos da atuação ativista do Supremo Tribunal Federal na Democracia representativa e a reação do Poder Legislativo para o fim de preservar o seu campo de atuação.

2 DA SEPARAÇÃO DE PODERES E DA TEORIA DOS FREIOS E CONTRAPESOS

Na medida em que este artigo busca relacionar as atuações dos Poderes Judiciário e Legislativo no Estado brasileiro, notadamente entre Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional, impõe-se, antes, recordar as noções de separação de poderes e de freios e contrapesos.

O art. 2º da Constituição da República adota expressamente o princípio da separação dos poderes. Segundo o dispositivo, *são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário* (BRASIL, 1988).

Na antiguidade, Aristóteles já apontava para a necessidade de fragmentar as funções administrativas da *pólis*. Não obstante, foi a partir de Montesquieu que ganhou força a ideia de funções estatais autônomas, independentes, mas interconectadas, noções estas sintetizadas na teoria dos freios e contrapesos ou “checks and balances” (FERNANDES, 2017, p. 303).

Isso porque,

tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos. (MENDES; COELHO; BRANCO apud MONTESQUIEU, 2009, p. 177).

Assim, como se demonstrará, sedimentou-se na doutrina que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário têm funções típicas, traduzidas nas atividades de legislar, administrar com base nas leis e de afastar a lei ou o ato administrativo inconstitucional ou ilícito. Contudo, a par dessas funções tradicionais, há ainda as chamadas funções atípicas, reveladas pelas atuações de fiscalização e de limitação de Poder sobre o Outro.

José Afonso da Silva ensinou a respeito,

há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o dano de um em detrimento de outro e especialmente dos governados. (DA SILVA, 2002, p. 110).

No mesmo sentido, Bernardo Gonçalves Fernandes, citando José Joaquim Gomes Canotilho,

a ideia fundamental da doutrina da separação de Poderes, portanto, é evitar a concentração e o exercício despótico do poder, isto porque as consequências da concentração do poder são desastrosas. Daí, fácil percebemos que o princípio da separação de Poderes é, senão de todas, uma das principais garantias das liberdades públicas. Sem a contenção do poder, o seu exercício ilimitado desborda para práticas iníquas e arbitrárias, pondo em risco a liberdade. Daí a importância de um equilibrado sistema de freios e contrapesos, em virtude do qual o poder possa controlar o poder. (FERNANDES apud CANOTILHO, 2017, p. 304).

Com esse espírito, de distribuição lógica das atribuições estatais aos Poderes constituídos, foi que a Constituição da República dispôs que

o judiciário realiza o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos; o executivo veta projetos legislativos aprovados, além de nomear membros do judiciário; já o legislativo detém poderes de investigação e analisa aspectos financeiros orçamentários. (FERNANDES, 2017, p. 304).

Nessa senda, nota-se que, a rigor, o império é o da lei e a lei maior é a Constituição. É o que se infere do parágrafo único do art. 1º da Constituição da República ao dispor: *todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição* (BRASIL, 1988).

Ocorre que a lei, compreendida aqui também a Constituição, é passível de interpretações diversas. Assim, pretende-se aqui observar se estaria o Supremo Tribunal Federal a exorbitar da interpretação constitucional e, por corolário, desprestigiar a atuação do Congresso Nacional, com reação deste, ou, se a sua atuação estaria dentro das balizas constitucionais.

Nesse exame, cumpre ter em mente que há na doutrina quem não faça uma leitura restrita do princípio da separação dos poderes.

Assim, por exemplo, José Afonso da Silva,

hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação dos poderes e novas formas de relacionamento entre órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em *colaboração de poderes*. (DA SILVA, 2002, p. 109).

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco,

Inicialmente formulado em sentido forte [...] o princípio da separação dos poderes, nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais [...].

Nesse contexto de “modernização”, esse velho dogma da sabedoria política teve de flexibilizar-se diante da necessidade imperiosa de ceder espaço para a legislação emanada do Poder Executivo, como as medidas provisórias - que são editadas *com força de lei* - bem assim para a

legislação *judicial*, fruto de inevitável criatividade de juízes e tribunais, sobretudo das cortes constitucionais, onde é frequente a criação de normas de caráter geral, como as chamadas sentenças *aditivas* proferidas por esses supertribunais em sede de controle de constitucionalidade. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 178).

Nessa toada, as perguntas que emergem dizem respeito à limitação ou não da atuação judicial do Supremo Tribunal Federal, o que impõe conhecer antes o que vem a ser o chamado ativismo judicial.

3 DO ATIVISMO JUDICIAL E/OU “SUPREMOCRACIA”

Segundo ensina Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial

é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial. Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora –, a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, nem sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios. (BARROSO, 2017, p. 443-445).

Assim, o ativismo judicial representa a decisão do Poder Judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal, sobre certo tema e a partir de princípios e valores constitucionais abertos, superando eventuais ou supostas dúvidas jurídicas de viabilidade ou de ser ou não o tema já contemplado pelo Direito.

A prática do ativismo judicial pelo Supremo Tribunal Federal tem sido muito questionada e debatida, ganhando, inclusive, o depreciativo epíteto de

“Supremocracia”³, este mais apropriado para *um cenário no qual o poder de resolver conflitos políticos e morais sai das esferas majoritárias e passa a se concentrar nas mãos do Supremo*. (ARGUELHES; RIBEIRO apud VIEIRA, 2016).

Isso porque o âmbito da atuação do Supremo Tribunal Federal é o mais largo possível, na medida em que o Supremo é, ao mesmo tempo, Corte Constitucional e última instância recursal, não se negando o Tribunal a se pronunciar sobre os mais variados temas, haja vista o texto constitucional ser analítico e até minudente, marcado também por princípios gerais e cláusulas abrangentes, sobre cujas interpretações o Tribunal tem a última palavra, pois que é o guardião da Constituição. (ARGUELHES; RIBEIRO apud VIEIRA, 2016).

A ideia do ativismo judicial é marcada por uma cizânia doutrinária. Por exemplo, Felipe de Melo Fonte, critica a proibição de o Poder Judiciário declinar de proferir certo julgamento se constatar a ausência normativa, sobretudo no que concerne à jurisdição constitucional, *é inequívoco que para certos temas e certos argumentos, seria razoável aguardar a maturação político-social antes de enfrentá-los*. (FONTE, 2016).

De outro lado, o ativismo judicial pode ser justificada inclusive no Código de Ética da Magistratura Nacional, aprovado pelo Conselho Nacional de Justiça, que traz no seu art. 3º o comando de que *a atividade judicial deve desenvolver-se de modo a garantir e fomentar a dignidade da pessoa humana, objetivando assegurar e promover a solidariedade e a justiça na relação entre as pessoas*. (CNJ, 2008).

O art. 25 do mesmo Código de Ética dispõe que, *especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar*. De maneira que, na verdade, o Supremo deve encontrar um ponto de equilíbrio de forma a atuar sem ferir as atribuições típicas do Congresso Nacional. (CNJ, 2008).

Ocorre que por vezes a atuação do Supremo Tribunal Federal pode impactar o papel do Congresso Nacional, conjuntura da qual pode não haver qualquer reação por motivos múltiplos, como a coincidência ideológica da decisão judicial com a que prevaleceria no âmbito legislativo, ou, ainda, a pouca ou nenhuma disposição do

³ A designação “Supremocracia” é atribuída a Oscar Vilhena Vieira, como bem observam ARGUELHES e RIBEIRO (2016, p. 406).

Congresso em arcar com os efeitos políticos negativos de uma certa decisão que, de início, competia-lhe.

Em contrapartida, a atuação do Supremo Tribunal federal pode ser enxergada pelo Poder Legislativo como uma indevida intromissão em suas atribuições, com a adoção de reação legislativa contrária, o que tem sido chamado de “efeito *backlash*”, como em seguida se demonstrará.

4 DO “EFEITO BACKLASH”

A expressão “backlash” pode ser traduzida como uma reação forte e adversa, comumente por um grande número de pessoas ou forças políticas, a uma medida ou desenvolvimento social ou político, estando também associada a decisões judiciais.

Em matéria de jurisdição constitucional, o “efeito Backlash” pode ser conceituado como uma “reação conservadora de parcela da sociedade ou das forças políticas (em geral, do parlamento) diante de uma decisão liberal do Poder Judiciário em um tema polêmico”⁴.

Ou seja, trata-se de uma reação social e ou política a decisões judiciais - em especial, as decisões de Tribunais Constitucionais - em temas considerados sensíveis e a respeito dos quais há marcante controvérsia, no escopo de conservar o estado anterior sobre o tema atingido.

Relaciona-se, pois, às ideias de *ativismo congressional*, *reação legislativa*, ou, ainda, *reação retrógrada*.

A ideia estaria relacionada, por exemplo, aos casos em que o Supremo Tribunal Federal declara determinada norma inconstitucional e ocorre uma resposta ou reação do Poder Legislativo, logo em seguida, resultando na edição de norma similar àquela recentemente declarada inconstitucional pela Corte Suprema, em clara manifestação de desaprovação quanto à interpretação do Tribunal Constitucional a respeito do significado de norma da Constituição.

⁴ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Breves comentários à EC 96/2017. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2017/06/breves-comentarios-ec-962017-emenda-da-7.html>. Acesso em: 02 jan. 2018.

Trata-se, nas palavras de Cass Sustein, da desaprovação de uma decisão judicial, de forma intensa e sedimentada, acompanhada de medidas fortes para fazer resistência a essa decisão e retirar sua força legal. Em caso de *backlash*, houve rejeição da população à decisão do Tribunal, feita com convicção⁵. (SUSTEIN, 2009).

Pensando o “efeito backlash” a partir do referencial chamado “constitucionalismo democrático”, Siegal e Post⁶ propõe enxergar o fenômeno com otimismo, a partir de seus potenciais efeitos construtivos, considerando que (1) os direitos constitucionais se desenvolvem historicamente no contexto de controvérsia cultural; (2) o constitucionalismo democrático vê o desacordo na interpretação como uma condição natural para o desenvolvimento do direito constitucional; (3) a premissa do constitucionalismo democrático é que a autoridade da Constituição depende, necessariamente, de sua legitimidade democrática (e da capacidade de inspirar as pessoas a reconhecê-la como a constituição *delas*); (4) o “efeito backlash” ocorre quando a integridade do Estado de Direito colide com a necessidade de legitimidade democrática na ordem constitucional; (5) o “efeito backlash” em relação às decisões judiciais que interpretam normas da constituição demonstra que, para algumas questões constitucionais, uma determinação autoritária do sentido da norma não é possível nem desejável; (6) a resistência da sociedade significa que se quer que as autoridades façam cumprir a constituição em modos que refletem o entendimento da própria sociedade a respeito dos ideais constitucionais, não podendo esse desejo ser ignorado, pois o espaço entre o entendimento oficial ou profissional, de um lado, e popular, de outro, sobre a Constituição, a respeito de temas que importam para o público, pode ameaçar a legitimidade democrática do direito constitucional. (POST; SIEGEL, 2007).

⁵ SUNSTEIN, Cass. *A constitution of many minds*. Princeton: Princeton University Press, 2009. p. 125).

⁶ POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe rage: democratic constitutionalismo and backlash*. Harvard Civil-Rights Liberties Law Review, v. 42, .p. 373-434, 2007. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/169. Acesso em: 02 jan. 2018.

Nesse sentido, o chamado “efeito backlash” pode ser relacionado às teorias dialógicas, caracterizando-se como verdadeira manifestação de diálogo institucional, mais especificamente do chamado diálogo social.

A expressão Diálogos Institucionais é utilizada para caracterizar as interações entre os Tribunais, o Legislativo e o Executivo (e organizações sociais), e tem lugar em matéria de jurisdição constitucional, e, em especial, na interpretação de direitos constitucionais. A tese central das teorias dialógicas é a de que não existe um monopólio de interpretação/aplicação constitucional⁷. (BATEUP, 2006).

As teorias dialógicas buscam conciliar democracia e constitucionalismo (em resposta ao problema do *déficit democrático* no controle judicial de constitucionalidade – “dificuldade contramajoritária” (Alexander Bickel) e expansão do Poder Judiciário), como forma de estabelecer um novo equilíbrio nas relações entre os poderes políticos.

Segundo as teorias dialógicas, não há um monopólio da *última palavra* por parte do Judiciário. Ao realizar controle de constitucionalidade, os juízes realizam um diálogo interativo com múltiplas interferências - em que necessariamente tomam parte atores não-judiciais - sobre significado/sentido constitucional⁸ (BATEUP, 2006).

Nesse diálogo, o Tribunal Constitucional não é a “ressureição de um *Poder Moderador dos diálogos*”, a quem caberia encerrar o debate.”¹⁰ (OLIVEIRA; PINHO DE OLIVEIRA, 2011).

As teorias dialógicas se preocupam, assim, com as constrações interpretativas do texto constitucional, com a investigação das aberturas e fechamentos

⁷ BATEUP, Christine. BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise*. Brooklyn Law Review, v. 71, p. 1009-1280, 2006. Disponível em: <http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=blr>. Acesso em: 02 jan. 2018, p. 1.

⁸ BATEUP, Christine. BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise*. Brooklyn Law Review, v. 71, p. 1009-1280, 2006. Disponível em: <http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=blr>. Acesso em: 02 jan. 2018, p. 1.

⁹ OLIVEIRA, Fábio Corrêa de; OLIVEIRA, Larissa Pinho de. *Abrindo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, backlash e hermenêutica*. Juris Poiesis, ano 14, n. 14, jan/dez. 2011, p. 129.

¹⁰ OLIVEIRA, Fábio Corrêa de; OLIVEIRA, Larissa Pinho de. *Abrindo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, backlash e hermenêutica*. Juris Poiesis, ano 14, n. 14, jan/dez. 2011, p. 107.

democráticos da Constituição. Nesse sentido, relacionam-se às ideias de *sociedade aberta de intérpretes*¹¹ (HÄBERLE, 2002), *minimalismo judicial*¹² (SUSTEIN, 2001), *dignidade da legislação*¹³ (WALDRON, 2003), *auto-contenção judicial (judicial self-restraint)*.

Nessa linha, as decisões constitucionais são (ou deveriam ser) produzidas por um processo de *elaboração conjunta* entre o Judiciário e outros atores constitucionais. O foco não está em qualquer poder singularmente considerado, mas no processo institucional de diálogo, e na participação dos atores não-judiciais na interpretação dos textos legais (sociedade aberta dos intérpretes de Häberle), exemplificado no cabimento de *political reconsideration of judicial decision*, com ênfase no papel do Legislativo (privilegiando as decisões políticas) nesse contexto (exemplo do Canadá, de sistema parlamentarista).

Ressalte-se, assim, que o chamado “efeito backlash” está marcadamente relacionado à ideia de sociedade aberta de intérpretes da Constituição, proposta por Peter Häberle, que desloca o foco da teoria da interpretação constitucional para os participantes do processo de interpretação¹⁴ (HARBELE, 2002). E, nesse aspecto, haveria uma democratização da interpretação constitucional, consubstanciada na ampliação do círculo de intérpretes, pela mudança de uma sociedade fechada dos intérpretes da Constituição para uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Ou seja, para Häberle, a teoria da interpretação constitucional só pode ser concebida sob a influência da teoria democrática. Segundo o autor, no processo de interpretação constitucional, estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, as potências públicas, os cidadãos e os grupos. Não existe nenhum *numerus clausus* dos intérpretes da Constituição. A interpretação constitucional é,

¹¹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

¹² SUSTEIN, Cass R. *One case at a time: Judicial minimalism on the Supreme Court*. Harvard University Press, 2001.

¹³ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹⁴ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 59.

potencialmente, uma atividade que diz respeito a todos¹⁵. (HARBELE, 2002).

O “efeito backlash” é, precisamente, uma manifestação concreta da sociedade aberta de intérpretes da constituição, e dos diálogos institucionais-sociais entre diferentes instituições (Tribunais, Legislativo, etc.) e a sociedade (teorias dialógicas).

As teorias dialógicas promovem uma crítica ao papel do Judiciário, a partir dos avanços da atuação deste em campos que seriam reservados à deliberação política. Para Fábio Corrêa de Oliveira e Larissa Pinha de Oliveira¹⁶, essa crítica seria também extensível a outros atores que participam no jogo processual forense: *Ministério Público* (na proeminência de seu papel contemporâneo de paladino da justiça e da ética), à *advocacia pública e privada*, às *associações e outras pessoas jurídicas e até indivíduos* quando “optam por judicializar assuntos que não encontram no Judiciário o mais apropriado campo de deliberação”. (OLIVEIRA; PINHO DE OLIVEIRA, 2011).

Nessa linha, como explicam os autores¹⁷:

o Parlamento pode “derrubar” uma decisão do STF que declara uma lei inconstitucional ao promulgar uma emenda à Constituição sem que o Supremo tenha espaço hermenêutico para declarar a própria emenda inconstitucional. O Legislativo pode editar o mesmo texto legal de antes, enquanto norma, declarado inconstitucional pelo Supremo em função da passagem do tempo que opera modificação de compreensão. Um tribunal internacional, a Corte interamericana, por exemplo, pode proferir decisão em sentido inverso à deliberação do STF, censurando/condenando juridicamente o país.” (OLIVEIRA; PINHO DE OLIVEIRA, 2011).

Devem-se considerar, além dos diálogos institucionais, os diálogos sociais, manifestados em duas vertentes. A primeira: participação popular pelos canais

¹⁵ HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 57.

¹⁶ OLIVEIRA, Fábio Corrêa de; OLIVEIRA, Larissa Pinho de. *Abrindo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, backlash e hermenêutica*. Juris Poiesis, ano 14, n. 14, jan/dez. 2011, p. 107.

¹⁷ OLIVEIRA, Fábio Corrêa de; OLIVEIRA, Larissa Pinho de. *Abrindo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, backlash e hermenêutica*. Juris Poiesis, ano 14, n. 14, jan/dez. 2011, p. 129.

institucionais. A segunda: reserva autônoma da sociedade. Considere-se, como exemplo, a aprovação, pelo Parlamento, de emenda constitucional submetida e confirmada por referendo¹⁸ e posteriormente contestada pela via judicial. Nesse caso, conforme sustentam os autores, deve haver uma especial deferência do Judiciário a esta decisão política diante da legitimidade democrática da emenda que angariou quase a totalidade de votos parlamentares e/ou foi sufragada por referendo. Cria-se, segundo os autores, um constrangimento epistemológico aos juízes.

Nesse contexto, o fenômeno do *backlash* é apontado como exemplo, por excelência, de diálogo social. Manifesta-se na forma de resistência político-jurídica.¹⁹ (POST; SIEGEL, 2007). Ou seja, há um desacordo na interpretação constitucional, que se manifesta como reação da sociedade contrariamente à uma decisão judicial compreendida como inautêntica. Trata-se de ideia relacionada à noção de constitucionalismo democrático, segundo a qual a autoridade da Constituição transita, necessariamente, pela capacidade desta de inspirar e influenciar os cidadãos a reconhecê-la enquanto Constituição, de sua legitimidade democrática.

4.1 DA ADI 4983/CE E DA EC 96/2017

Uma manifestação recente do “fenômeno *backlash*”, de clara reação legislativa e ativismo congressual pode ser notada no caso da vaquejada, observado no julgamento da ADI 4983/CE pelo STF, seguido da aprovação pelo Congresso Nacional da emenda constitucional EC 96/2017.

Na ADI 4983/CE, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, o Supremo Tribunal Federal, por maioria (6x5), julgou inconstitucional a prática conhecida como

¹⁸ Conforme observa Bernardo Gonçalves Fernandes, o referendo é a consulta ao povo sobre uma lei ou ato normativo já elaborado para o fim de ser ratificado ou não, sendo, segundo corrente majoritária, vinculante a orientação extraída da consulta. (FERNANDES, 2007, p. 778-779).

¹⁹ POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe rage: democratic constitutionalismo and backlash*. Havard Civil-Rights Liberties Law Review, v. 42, .p. 373-434, 2007.

vaquejada²⁰, por entender que esta representa tratamento cruel aos animais, que sofreriam sequelas da atividade (fraturas nas patas, ruptura de ligamentos e vasos sanguíneos, eventual mutilação do rabo, lesões diversas, etc.). Assim, haveria crueldade com animais, vedada pelo art. 225, § 1o, VII, da Constituição Federal/88.

Questionava-se a Lei 15.299/2013, do Estado do Ceará, que regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no estado, e o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou a inconstitucionalidade da referida lei em 06 de outubro de 2016. (CEARÁ, 2013).

Os defensores da prática argumentavam que se trata de atividade esportiva e festiva que ocorre há séculos, e já faz parte da cultura do povo, merecendo ser preservada, nos termos do art. 215, *caput* e § 1o da Constituição, o qual impõe ao Estado o dever de incentivar e valorizar as manifestações culturais, bem como de proteger as manifestações das culturas populares.

Como reação à decisão do STF, o Congresso Nacional editou a EC 96/2017, em 06 de junho de 2017, alterando a Constituição para nela inserir dispositivo segundo o qual são admitidas práticas esportivas que utilizem animais, “desde que sejam manifestações culturais”. (BRASIL, 1988).

Com efeito, a EC 96/2017 acrescentou o §7 ao artigo 225 da CF/87, segundo o qual: “não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o §1 do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos”. (BRASIL, 1988).

Assim, tem-se um exemplo de “efeito *backlash*”, em clara manifestação de reação legislativa à decisão judicial, em movimento que busca a superação legislativa da jurisprudência fixada.

5 DOS IMPACTOS NA DEMOCRACIA À LUZ DO PENSAMENTO DE HABERMAS

²⁰ A vaquejada é uma manifestação festiva e cultural, típica do nordeste brasileiro e consiste na atividade do peão de, montado a cavalo e dentro de um espaço delimitado, derrubar um boi puxando-o pelo rabo. (WIKIPÉDIA, 2018).

Visto que o aludido “efeito *backlash*” revela-se como uma reação do Poder Legislativo, cumpre destacar que esta reação pode ser vista como um saneamento democrático acerca de um dado tema, na ilustração utilizada, a vaquejada.

Isso porque, não obstante toda a substância dos fundamentos jurídicos constitucionais proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, defensável que a decisão ativista da Corte não ostenta conteúdo democrático, dado que seus Ministros não são eleitos diretamente pelo povo, conforme parágrafo único, art. 1º, Constituição da República (BRASIL, 1988).

O pensamento de Jürgen Habermas sobre a democracia contribui para a análise da atuação ativista do Supremo Tribunal Federal.

A teoria do agir comunicativo de Habermas surge *como uma teoria voltada para a compreensão da dimensão da verdade não enquanto conformidade da mente com as coisas, mas como fruto de uma experiência intersubjetiva e dialógica no espaço social*. (BITTAR; ALMEIDA, 2015, p. 552).

Com efeito, percebe-se que a teoria comunicativa habermasiana tem por primado um efetivo diálogo aberto socialmente e para o fim de compreender a verdade pelo consenso. *O consenso é uma ideia comunitária a ser desenvolvida pelo grupo que pensa seus problemas em comum, e, portanto, constrói, comunicativamente, suas soluções (morais e jurídicas)*. (BITTAR; ALMEIDA, 2015, p. 552).

Cumpre frisar,

a ética do discurso não dá nenhuma orientação conteudística, mas sim um *procedimento* rico de pressupostos, que deve garantir a imparcialidade da formação do juízo. O discurso prático é um processo, não para a produção de normas justificadas, mas para o exame de validade de normas consideradas hipoteticamente. (HABERMAS apud BITTAR; ALMEIDA, 2015, p. 553).

Nesse prisma, a participação efetiva dos destinatários da norma se revela como uma condição de validade, pois que democratiza o procedimento a partir da contribuição discursiva de todos os interessados.

Dessa forma, pela concepção habermasiana,

a intersubjetividade de um grau mais alto (*die höherstufige intersubjektivität*), que comunga a perspectiva de cada um com a perspectiva de todos, pode constituir-se apenas sob os pressupostos

comunicativos de um discurso ampliado universalmente, no qual os possivelmente envolvidos possam participar e tomar posição com argumentos numa postura hipotética em vista das pretensões de validade (tornadas problemáticas a cada momento) de normas e modos de ação. (HABERMAS apud BITTAR; ALMEIDA, 2015, p. 555).

Portanto, da teorização proposta por Habermas verifica-se que

a teoria do agir comunicativo surge como uma teoria voltada para a compreensão da dimensão da verdade não enquanto conformidade da mente com as coisas, mas como fruto de uma experiência intersubjetiva e dialógica no espaço social (BITTAR; ALMEIDA, 2015, p. 552).

Segundo Walter Reese-Schäfer,

a democracia deliberativa defende pretensões normativas mais fortes do que a liberal, mas mais fracas do que a estratégia civil-republicana [...]. Do modelo nos termos do Estado de direito liberal, ela adota a institucionalização de base constitucional do processo de decisão, que não deve depender do fato de os cidadãos serem suficientemente ativos ou coletivamente capazes da ação. Do modelo civil-republicano, é adotada uma orientação mais intensa para os processos reais de formação da opinião e da vontade numa esfera pública que debate (REESE-SCHÄFER, 2017, p. 93-94).

Assim, é indubitável que, pelo menos em tese, os resultados dos debates no Congresso Nacional têm mais condições de guardar conteúdo democrático se comparado à decisão do Supremo Tribunal Federal de eficácia geral e abstrata, na medida em que é na arena Legislativa que os diferentes partidos políticos e as mais diferentes representações sociais poderão se manifestar e conduzir a formação do Direito que os obrigarão.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, constata-se que a separação de poderes foi concebida para proporcionar o melhor funcionamento do Estado, servindo os chamados freios e

contrapesos para garantir o equilíbrio entre o fazer legislativo, a execução administrativa e a decisão judicial.

Assim, o chamado ativismo judicial deve guardar cautela e ser atento às consequências capazes de gerar na sociedade, orientação esta prevista no Código de ética da Magistratura Nacional.

De maneira que, não obstante cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir com base nos valores e fins constitucionais, deve buscar deixar para o Congresso Nacional o papel de inovar o Direito, especialmente quando se cuida de matérias controversas, sob a consequência de seu descuido gerar uma reação contrária do Congresso Nacional que desaprove e prejudique a decisão judicial com uma orientação legislativa diversa – o “efeito backlash”, como no caso da vaquejada.

Nessa esteira, esse diálogo institucional, traduzido na atuação congressual opositiva à decisão judicial, tem o condão de trazer a questão/matéria a um debate mais amplo e por isso mesmo mais democrático, pois que parte do suposto de que não há um monopólio na interpretação da Constituição, mas uma sociedade aberta de intérpretes que encontra sua participação na relevante representação exercida pelo Congresso Nacional, arena que abrange diferentes ideias, partidos e representações sociais.

REFERÊNCIAS

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, mai-ago 2016.

BARROSO. Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BATEUP, Christine. BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise*. **Brooklyn Law Review**, v. 71, p. 1009-1280, 2006. Disponível em: <http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=blr>. Acesso em: 02 jan. 2018.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça. Código de Ética da Magistratura Nacional.** Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/publicacoes/codigo-de-etica-da-magistratura>> Acesso em: 06 dez. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 06 dez. 2017.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Breves comentários à EC 96/2017.** Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2017/06/breves-comentarios-ec-962017-emenda-da_7.html> Acesso em: 02 jan. 2018.

CEARÁ. **Lei n. 15.299 de 08 de janeiro de 2013.** Regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado do Ceará. Disponível em: < <https://www.al.ce.gov.br/legislativo/legislacao5/leis2013/15299.htm>> Acesso em: 02 jan. 2018.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 20. ed. rev. atual. – São Paulo: Malheiros, 2002.

EVANS, John M. "Administrative Appeal or Judicial Review: A Canadian Perspective." **Acta Juridica** 1993 (47-75). Disponível em: http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=2061&context=scholarly_works. Acesso em: 03 jan. 2018.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 9. ed. rev., ampl e atual. – Salvador: Juspodivm, 2017.

FONTE, Felipe de Melo. Decidindo não decidir: preferências restritivas e autorregulação processual no Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional.** Curitiba, v. 17. n. 67, 2017. Disponível em:< <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/480>>. Acesso em: 02 jan. 2018.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional.** A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

MATTOS, Karina Denari Gomes. **Democracia e Diálogo Institucional: A Relação Entre os Poderes No Controle Das Omissões Legislativas.** 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa de; OLIVEIRA, Larissa Pinho de. Abrindo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: **diálogos, backlash e hermenêutica**. *Juris Poiesis*, ano 14, n. 14, jan/dez. 2011.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Roe rage: democratic constitutionalismo and backlash**. *Harvard Civil-Rights Liberties Law Review*, v. 42, .p. 373-434, 2007.

REESE-SCHÄFER, Walter. *Compreender Habermas*. Trad. Vilmar Schneider. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 2017.

SILVA, Cecília de Almeida. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2011.

SUSTEIN, Cass R. **One case at a time: Judicial minimalism on the Supreme Court**. Harvard University Press, 2001.

SUNSTEIN, Cass. **A constitution of many minds**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WIKIPÉDIA. **Vaquejada**. Disponível em:< <https://pt.wikipedia.org/wiki/Vaquejada>>. Acesso em: 02 jan. 2018.