



SENADO FEDERAL
Instituto Legislativo Brasileiro – ILB

CARLOS RADICCHI

**A REAÇÃO LEGISLATIVA (*BACKLASH*) AO ATIVISMO JUDICIAL COMO
FORMA DE DAR CONCRETUDE AO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO.**

Brasília
2022



CARLOS RADICCHI

**A REAÇÃO LEGISLATIVA (*BACKLASH*) AO ATIVISMO JUDICIAL COMO
FORMA DE DAR CONCRETUDE AO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO.**

Artigo científico apresentado ao Instituto Legislativo Brasileiro – ILB como pré-requisito para a obtenção de certificado de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Poder Legislativo e Direito Parlamentar

Área de concentração: Direito Constitucional

Orientador: Professor MSc Carlos Eduardo Vieira Nunes

Coorientador: Professor PhD Victor Marcel Pinheiro

Brasília

2022



Termo Geral de Autorização para Publicação Digital na BDSF

Como titular dos direitos autorais do conteúdo supracitado, autorizo a Biblioteca Digital do Senado Federal (BDSF) a disponibilizar este trabalho gratuitamente, de acordo com a licença pública *Creative Commons* – Atribuição - Uso Não Comercial – Compartilhamento pela mesma Licença 3.0 Brasil. Tal licença permite copiar, distribuir, exibir, executar a obra e criar obras derivadas, sob as seguintes condições: dar sempre crédito ao autor original, não utilizar a obra com finalidades comerciais e compartilhar a nova obra pela mesma licença no caso de criar obra derivada desta.

Assinatura do Autor / Titular dos direitos autorais



CARLOS RADICCHI

**A REAÇÃO LEGISLATIVA (*BACKLASH*) AO ATIVISMO JUDICIAL COMO
FORMA DE DAR CONCRETUDE AO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO.**

Artigo científico apresentado ao Instituto Legislativo Brasileiro – ILB como pré-requisito para a obtenção de certificado de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Poder Legislativo e Direito Parlamentar

Aprovado em Brasília, DF, em 12 de dezembro de 2022 por:

Banca Examinadora:

Professora PhD Roberta Simões Nascimento
Senado Federal - Instituto Legislativo Brasileiro

Professor PhD Victor Marcel Pinheiro
Senado Federal - Instituto Legislativo Brasileiro

Professor MSc Carlos Eduardo Vieira Nunes
Ministério da Defesa - Escola Superior de Defesa



A REAÇÃO LEGISLATIVA (*BACKLASH*) AO ATIVISMO JUDICIAL COMO FORMA DE DAR CONCRETUDE AO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO.

Carlos Radicchi^{1*}

RESUMO

O tema deste artigo é atinente ao *Backlash* legislativo como reação ao ativismo judicial e, numa perspectiva mais contemporânea, como o Poder Legislativo, verdadeiro detentor da vontade popular majoritária, pode (ou poderia) se contrapor a um possível viés autoritário do Supremo Tribunal Federal. Buscar-se-á neste trabalho avaliar como o Poder Legislativo pode e deve assumir um papel de maior destaque no cenário nacional, a fim de se contrapor ao ativismo judicial. Justifica-se o presente estudo por buscar perquirir até que ponto o Poder Legislativo, como caixa de ressonância da sociedade, deve demonstrar um perfil proativo na identificação e na condução da implementação dos interesses dessa, a fim de validar as regras da democracia, mormente quanto à separação dos Poderes. Espera-se que este trabalho venha a contribuir para ampliação do discernimento da sociedade quanto à importância da independência e harmonia entre os Poderes da República, não sendo de bom alvitre admitir um protagonismo exacerbado de nenhum dos Poderes em detrimento dos demais. Propõe-se a analisar de forma qualitativa, por intermédio de revisão literária de fontes teórico-conceituais e de alguns casos considerados paradigmáticos, no contexto de reação legislativa ao ativismo judicial.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. *Backlash* legislativo. Supremo Tribunal Federal.

Data de submissão: 30 de novembro de 2022.

Data de aprovação: 12 de dezembro de 2022.

Disponibilidade (DOI ou endereço eletrônico do artigo na Biblioteca Digital do Senado) (Opcional)

^{1*} Carlos Radicchi é marinheiro há 40 anos (Capitão de Mar e Guerra da Reserva da Marinha), mestre e doutor em Ciências Navais pela Escola de Guerra Naval e assessor adjunto da Assessoria de Seleção e Acompanhamento (ASAc) da Escola Superior de Defesa (ESD). Na ESD, além das atribuições afetas à ASAc, é professor coordenador das disciplinas de “Direito Aplicado à Defesa”, do Curso de Altos Estudos em Defesa (CAED), e de “Normativas afetas às Operações Interagências”, do Curso de Coordenação e Planejamento Interagências (CCOPI). É advogado com capacidade postulatória plena e com inscrição regular na Seccional da OABDF. E-mail: radicchi@icloud.com.



1. INTRODUÇÃO

Conforme bem assevera Sarmiento² (2014), até não muito tempo atrás, as discussões acerca do ativismo judicial ficavam restritas à academia. Hodiernamente, porém, o tema é abordado com frequência, além das salas de aula, no Parlamento, jornais, revistas semanais, mesas de bar e, principalmente, nas redes sociais. Da mesma forma, também na visão de Sarmiento (2014), somente professores de Direito e advogados, mormente afetos ao Direito Constitucional, conheciam os nomes dos onze ministros do Supremo Tribunal Federal (STF). Hoje em dia, os ministros são verdadeiros *pop stars* e suas inclinações e atitudes são amplamente debatidas por iniciados e leigos³ (CAMPOS, 2014, p. 15).

A despeito do intuito deste artigo focar o ativismo judicial, especialmente no tocante ao STF, o propósito deste trabalho é apresentar como o Poder Legislativo, verdadeiro detentor da vontade popular majoritária, pode exercer uma reação que seja adequada e tempestiva, considerando esses tempos de crise no País, no sentido de mitigar a chance de uma ruptura institucional. A fim de cumprir esse objeto, utilizou-se como referencial teórico atinente ao *Backlash* legislativo sobretudo a obra⁴ do Professor Sérgio Antônio Ferreira Victor (“Diálogo Institucional e Controle de Constitucionalidade – Debate entre Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional”). Mesmo considerando alguns resultados da pesquisa do Professor Victor que atestam o viés “respeitador do STF” quanto à constitucionalidade da maioria das leis, este trabalho vai apontar alguns temas posteriores ao livro do Professor Victor com a intenção de demonstrar uma escalada do ativismo judicial, com vistas a reafirmar a independência e harmonia entre os Poderes da República, consoante ao contido no Artigo⁵ 2º da Constituição Federal de 1988.

O desenrolar da temática vai analisar alguns episódios recentes⁶ em nosso País, especialmente no tocante às decisões do STF, a fim de compreender as possibilidades do *Backlash* legislativo.

É mister neste momento ressaltar que, a despeito de buscar inspiração e beber na fonte do conhecimento produzido pelo Professor⁷ Doutor Sérgio Antônio Ferreira Victor, na sua obra “Diálogo Institucional e Controle de Constitucionalidade – Debate entre Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional”, este artigo não tem nenhuma pretensão de alcançar a profundidade e precisão do livro supramencionado, mesmo porque, em última análise, vai ousar em divergir em certo grau de algumas conclusões expostas. Como parte das palavras do Ministro Gilmar Mendes acerca da apresentação da Obra do Professor Victor:

² Professor Daniel Sarmiento, em 2014, na redação de apresentação da obra “Dimensões do Ativismo Judicial do STF” do Professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos. (CAMPOS, 2014, p. 15).

³ Desde já ressalta-se que o verbete “leigo” foi inserido sem nenhum viés ideológico, muito menos com a intenção de menosprezar qualquer cidadão que seja, mas tão somente para indicar aquele que é estranho ou que revela ignorância ou pouca familiaridade com determinado assunto, profissão, ou seja, aquele que é desconhecedor e/ou inexperiente na seara jurídica.

⁴ Victor (2015).

⁵ Art. 2º da CRFB de 1988: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. (BRASIL, 1988). Grifo deste discente para ressaltar que o constituinte originário de 1987-88, na construção do texto constitucional, deixou expresso que o Poder Legislativo vem antes dos demais Poderes.

⁶ Buscou-se focar como janela temporal o interregno atinente ao período compreendido entre 2011 à presente pós-graduação, iniciada em novembro de 2021.

⁷ Pós-doutor em Teoria do Direito pela Goethe Universität em Frankfurt Am Main. Doutor em Direito do Estado (USP). Mestre em Direito e Políticas Públicas (UniCeub). Pós-graduado em Direito Público pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCeub - 2003). Professor do curso de Mestrado em Direito da Uninove. Professor dos cursos de graduação e de pós-graduação do Centro Universitário de Brasília - UniCeub e do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, membro do Conselho Editorial do Observatório da Jurisdição Constitucional e da Revista de Informação Legislativa. Advogado (grifo deste discente). Disponível em <<https://www.escavador.com/sobre/4639100/sergio-antonio-ferreira-victor>>. Acessado em 9 nov. 2022.



A cuidadosa pesquisa demonstra claramente que a proeminência do Supremo Tribunal Federal não tem a ver necessariamente com maximalismo judicial, porquanto, conforme bem documentado em números, **em mais de 85% dos julgamentos que tinham por objeto leis federais, a Corte decidiu pela constitucionalidade das normas**, restando preservada, conseqüentemente, a vontade majoritária nelas expressa. **Donde se conclui que o Tribunal muito mais corroborou os avanços propostos pelo Legislativo que os cerceou.** De outra parte, quando se trata de omissão legislativa, a conduta do Supremo tem sido sinalizar com prazo ao Congresso para que saneie a falta. Nada mais indicativo, portanto, da atitude colaborativa que há de se atribuir, por justiça, à Suprema Corte do País. A estatura do Supremo Tribunal talvez reluzia mais pela solidez da Corte, cuja atuação, para a grande maioria dos brasileiros, encarna a própria representação da legalidade, da estabilidade constitucional. (Ministro Gilmar Mendes). (VICTOR, 2015, grifo deste discente).

1.1 PROBLEMA DE PESQUISA

Em nosso País, nos últimos anos, tem-se observado um protagonismo cada vez mais intenso do STF e, na mesma proporção, um declínio da aceitação popular dos representantes eleitos na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. Esta constatação pode ser justificada por motivos diversos, desde condutas políticas malvistas pelo eleitorado, passando pela assunção de responsabilidades pelo Poder Judiciário de pautas e agendas que, em face dos temas polêmicos abarcados, foram deixados ao relento pelo Poder Legislativo. E sobretudo pelo STF ter assumido a responsabilidade de implementar direitos de minorias que, ao longo do tempo, foram relevados pelos mandatários do povo, no Congresso Nacional, considerado majoritariamente conservador.

De forma sucinta, buscar-se-á neste trabalho avaliar como o Poder Legislativo pode e deve assumir um papel de maior destaque no cenário nacional, a fim de se contrapor ao excessivo ativismo judicial.

Ressalta-se que a pesquisa a ser implementada estará subsidiada pela doutrina acadêmica produzida acerca do ativismo judicial, da possível reação legislativa - *Backlash* e no diálogo institucional.

1.2 JUSTIFICATIVA

Segundo os ensinamentos de Montesquieu⁸ (2000, p. 91), o magistrado único sempre se demonstrará um governante tirano e, em tom de alerta, lembrava que a história da civilização ocidental já havia comprovado que esse autoritarismo pode chegar ao cúmulo de o déspota desprezar até a lei que ele mesmo elaborou.

Assim sendo, justifica-se o presente estudo por buscar perquirir até que ponto o Poder Legislativo, como caixa de ressonância da sociedade, deve demonstrar um perfil proativo na identificação e na condução da implementação dos interesses dessa, a fim de validar as regras da democracia, mormente quanto à separação dos Poderes.

Observa-se que não são poucos os artigos científicos que tratam sobre o tema *Backlash* (ou reação legislativa), contudo, tentou-se focar na resposta do Poder Legislativo ao ativismo judicial como forma de reassumir um protagonismo na cena política do País.

⁸ Montesquieu escreveu a sua obra-prima, "O espírito das leis", em 1747. (MONTESQUIEU, 2000, p. XXXI).



1.3 OBJETIVOS

Espera-se que este trabalho venha a contribuir para ampliação do discernimento da sociedade quanto à importância da independência e harmonia entre os Poderes da República, não sendo de bom alvitre admitir um protagonismo exacerbado do STF, como órgão de cúpula do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes, especialmente do Congresso Nacional.

Dessa forma, propõe-se a analisar de forma qualitativa, por intermédio de revisão literária de fontes teórico-conceituais e de alguns casos considerados paradigmáticos, no contexto de reação legislativa ao ativismo judicial, com o propósito de apresentar a necessidade de o Poder Legislativo assumir um papel mais proativo na agenda política nacional.

1.4 REFERENCIAL TEÓRICO

O projeto de pesquisa acadêmica utilizou como referencial teórico doutrinas clássicas como “O Espírito das Leis” de Montesquieu, e da mesma forma, foram buscados subsídios em autores contemporâneos, mormente aqueles que transitaram como docentes da presente Pós-graduação em Poder Legislativo e Direito Parlamentar, como as Professoras Doutoras Roberta Simões Nascimento e Flávia Danielle Santiago Lima, bem como outros autores citados e/ou sugeridos pelos professores do ILB, como Sérgio Antônio Ferreira Victor, Paulo Gustavo Gonet Branco, Samuel Sales Fonteles e George Marmelstein, e demais autores encontrados no banco de dados e dissertações.

1.5 METODOLOGIA

O pré-projeto consistiu em uma pesquisa bibliográfica sobre o Ativismo Judicial, Reação Legislativa – *Backlash* e Diálogo Institucional, realizando-se um levantamento teórico por meio de doutrinas clássicas e contemporâneas.

A coleta de dados foi realizada durante o período de fevereiro a novembro de 2022.

De forma sucinta, nos próximos tópicos, o presente trabalho vai se ocupar em discorrer acerca do fenômeno do ativismo judicial, apresentando, sob diversas perspectivas, o *Backlash* como reação legislativa. Serão introduzidos como subtópicos dessa reação legislativa, a renomada Proposta de Emenda à Constituição (PEC) da Vaquejada e alguns aspectos da PEC 33 de 2011. Em seguida, abordar-se-á o diálogo institucional, como forma de implementação de direitos por intermédio não apenas de único protagonista, um Poder apenas, mas pela concertação dos três Poderes da República. Logo depois, serão apresentadas algumas experiências internacionais, uma chilena e outra canadense, concernentes ao enfrentamento do ativismo judicial. E, finalmente, algumas reflexões conclusivas.



2 DESENVOLVIMENTO

2.1 ATIVISMO JUDICIAL

Fala-se muito em ativismo judicial, no entanto o tema, é fluído e pouco palpável, o que acaba confundindo mais do que esclarecendo. Para a maioria, contudo, **ativismo seria algo ligado ao juiz tornar-se mais atuante, protagonista, alguém que toma iniciativas e não se contenta em ser mero expectador das provas do processo** (FREITAS⁹, 2021, grifo deste discente).

Mostra-se importante, inicialmente, apresentar alguma conceituação do fenômeno do ativismo judicial, haja vista não representar um entendimento aceito universalmente e, destarte, esta será a principal motivação da presente seção, até mesmo mostrando diversas nuances acerca do tema.

Considera-se que Montesquieu é a grande referência no tema da separação de poderes e, por isso mesmo, sempre associado às análises acerca do ativismo judicial. Ele defendia, diferentemente da doutrina majoritária dos séculos XVII e XVIII, a concepção de não anuir à ideia de contrato social, nem à igualdade natural de todos os homens. Montesquieu propugnava que há uma desigualdade natural entre os homens, dessa forma, ele, de origem nobre, defendia o papel da nobreza na estrutura do governo, como um estamento ao lado do povo e do Rei, com uma participação fundamental na elaboração da lei. Montesquieu ressaltava que a edição e a execução das leis têm de estar confiadas a órgãos e pessoas diferentes. Quanto aos magistrados, Montesquieu não admitia discricionariedade e os encarava como "a boca que pronuncia a palavra da lei" (BARCELLOS, 2018, p. 264).

Conforme Lima¹⁰ (2021), em face da quantidade e da relevância dos temas enfrentados pelo STF, a Corte exibe um protagonismo que leva à impressão de conduzir a pauta política em nosso País. A mesma autora complementa afirmando que esse fato representa um fenômeno mundial e está associado à intitulada judicialização da política.

Como assevera Campos (2014), o ativismo judicial não representa um fenômeno jurídico autóctone, longe disso, observa-se em praticamente todo mundo ocidental um processo de forte expansão do poder dos tribunais constitucionais, que cada vez mais são responsáveis pela interferência em questões que outrora eram tradicionalmente discutidas e decididas insertos na seara política, isto é, por aqueles com mandato representativo.

Na concepção de Freitas (2021), o ativismo judicial tem a sua origem na segunda metade do Século XX, especialmente após a 2ª Guerra Mundial, com o alargamento das declarações de direitos na Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas e nas novas Constituições elaboradas nos países democráticos. Além disso, Tribunais Constitucionais na Europa e mais tarde na América Latina passaram a ter grande influência na interpretação das Constituições que, no passado, elencavam alguns direitos vistos como programáticos ou de consecução quando possível no porvir, e começam a exigir a implementação desses direitos. Ademais, com essa mesma intenção de

⁹ Vladimir Passos de Freitas é ex-secretário Nacional de Justiça no Ministério da Justiça e Segurança Pública, professor de Direito Ambiental e de Políticas Públicas e Direito Constitucional à Segurança Pública na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) e desembargador federal aposentado do TRF-4, onde foi corregedor e presidente. Pós-doutor pela Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo (USP) e mestre e doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Foi presidente da International Association for Courts Administration (Iaca), da Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe) e do Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário (Ibraju). (FREITAS, 2021).

¹⁰ Flávia Danielle Santiago Lima é Doutora e Mestre em Direito Público, Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Professora da Universidade de Pernambuco (UPE), Recife, PE, PPGD-Damas, PE. Advogada da União (LIMA, 2021).



implementação dos direitos emanados pelas Cartas Magnas, os Tribunais Constitucionais passaram a reinterpretar outras legislações infraconstitucionais, como o Código Civil ou Código do Consumidor, porém desta feita demandando a consecução dos desígnios constitucionais, isto é, fazendo uma leitura e/ou reinterpretação constitucional daqueles diplomas legais.

No próximo item do trabalho, buscar-se-á apresentar o conceito de reação legislativa - *Backlash* e exemplos, alguns icônicos, de como o Poder Legislativo pode, havendo uma concertação política adequadamente alcançada, rapidamente demonstrar sua preponderância no sentido de respeito ao desejo da maioria.

2.2 BACKLASH – REAÇÃO LEGISLATIVA

Conforme Fonteles¹¹ (2018), *Backlash* representa um fenômeno social muito específico e bem mais amplo do que tão somente aqueles relacionados às reações sociais contra decisões de juízes e tribunais. Acrescenta Fonteles (2018) que desacordos morais solucionados por mecanismos democráticos (leis e consultas populares) são assimilados com mais facilidade pela sociedade, contudo desacordos morais precipitados na arena judicial deflagram perigosas reações sociais. Na visão desse autor, *Backlash* seria, resumidamente, uma reação social intensa ou hostil.

Nas lições de Marmelstein¹² (2016), *Backlash* seria o fenômeno observado após uma decisão judicial que gerou um nível de insatisfação popular elevado e, por conta disso, desencadeou reações sociais e políticas que deram azo ao surgimento de uma mobilização organizada para alterar o entendimento adotado juridicamente. Ressalta esse autor que, usualmente, não há dúvida de que a solução judicial, seja em que direção for, nem sempre é aceita pacificamente por todos os setores políticos, contudo o *Backlash* ocorreria tão somente quando a reação fosse capaz de gerar uma mobilização organizada para alterar o entendimento adotado. Em outras palavras, 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.

Conforme assevera Marmelstein (2016), com a ascensão do constitucionalismo, é cada vez mais comum presenciar decisões judiciais em questões polêmicas gerarem descontentamento popular, levando a uma reação política contrária ao que foi decidido. Acrescenta Marmelstein (2016) que uma postura ideológica mais progressista pode provocar uma ampliação da força política conservadora e, no limite, levar a um retrocesso social em questões politicamente sensíveis. O fato é que se observa nos últimos tempos uma judicialização exacerbada de questões éticas e políticas, mormente de grande repercussão social, especialmente no tocante aos direitos dos homossexuais, a descriminalização do aborto e a legitimidade de pesquisas com células-tronco, a validade das ações afirmativas no ensino superior, a proteção dos animais não-humanos. Tudo isso alterando profundamente a compreensão clássica do arranjo institucional que costuma alicerçar a organização dos poderes estatais e, nesse novel arranjo institucional, o STF, como órgão responsável pela jurisdição constitucional, passa a exercer um protagonismo central na solução de casos sensíveis que dividem a sociedade, assumindo, destarte, uma função contramajoritária. Nesse diapasão, em muitas questões, o poder normativo, vale dizer, o poder de estabelecer um parâmetro jurídico para a solução dos conflitos sociais, tem migrado do Poder

¹¹ O Professor Samuel Sales Fonteles é autor da tese de dissertação “Direito e *Backlash*”, apresentada ao Programa de Mestrado da Escola de Direito de Brasília como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional (FONTELES, 2018).

¹² O Professor George Marmelstein é Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará, Professor de Direito no Centro Universitário 7 de Setembro (Fortaleza, CE) e Juiz Federal no Ceará (MARMELSTEIN, 2016).



Legislativo para o Poder Judiciário, criando um foco de tensões constantes entre o sistema jurídico e o sistema político.

De forma geral o *Backlash* ou contra-ataque pode se manifestar como uma forma de retaliação, esta pode variar bastante, em diversas "frentes", conforme Marmelstein (2016): a) a revisão legislativa de decisões controversas; b) a interferência política no processo de preenchimento das vagas nos tribunais e nas garantias inerentes ao cargo, com vistas a assegurar a indicação de juízes “obedientes” e/ou bloquear a indicação de juízes “indesejáveis”; c) tentativas de se “preencher o tribunal” por parte dos detentores do poder político; d) aplicação de sanções disciplinares, *impeachment* ou remoção de juízes “inadequados” ou “hiperativos”; e) introdução de restrições à jurisdição dos tribunais, ou à “poda” dos poderes de controle de constitucionalidade. Acrescenta Marmelstein (2016) que o foco de ataque não é o fundamento jurídico em si da decisão judicial, mas a vertente ideológica que costuma estar por trás do tema decidido. Se a decisão judicial tem um viés conservador, a reação política pode vir de setores progressistas. Se, por outro lado, a decisão for progressista, o contra-ataque virá de setores mais conservadores, contudo, hodiernamente, o usual, na experiência constitucional contemporânea, é seguir uma jurisdição constitucional pretensamente "de vanguarda" contra um sistema político mais reacionário e/ou conservador, mas, ao final e ao cabo, o que se observa no Brasil, é que a postura liberal do STF tem contribuído para a ascensão do conservadorismo. E isto não é necessariamente paradoxal, haja vista que a mudança jurídica decorrente da decisão judicial obriga que os conservadores explicitem seus pontos de vista claramente e, nesse processo, um sentimento de intolerância que até então era encoberto pela conveniência do *status quo* opressivo tende a surgir de modo menos dissimulado (MARMELSTEIN, 2016).

2.2.1 PEC¹³ DA VAQUEJADA

Como relembra Camargo¹⁴ (2017), o STF, por intermédio da Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4983 (ADI 4983), julgou inconstitucional a Lei nº 15.299/2013 do Estado do Ceará que regulamentava a prática da vaquejada¹⁵ naquele estado. A argumentação utilizada para suscitar inconstitucionalidade da lei cearense foi a de que a prática da vaquejada pode causar severas lesões tanto nos bovinos envolvidos na prática esportiva, quanto nos próprios cavalos utilizados pelos esportistas. Para corroborar tal assertiva, a Procuradoria-Geral da República apresentou laudos técnicos de especialistas que confirmaram a possibilidade de lesões nos animais envolvidos na prática.

No relato de Camargo (2017) acerca do julgamento da ADI 4983¹⁶, observa-se que o voto do relator, Ministro Marco Aurélio Mello, condutor do resultado, foi no sentido de clamar pela prevalência do meio ambiente sadio e equilibrado a que a prática da vaquejada estaria a vilipendiar, mesmo diante de uma manifestação cultural. O resultado do julgamento não foi realizado de maneira unânime. O Ministro Edson Fachin, por exemplo, que abriu a divergência, entendeu por fazer prevalecer a manifestação

¹³ PEC que se converteu em Emenda à Constituição (EC) Nº 96, promulgada em 06 de junho de 2017. Esta EC acrescentou o § 7º ao Artigo 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica (BRASIL, 2017).

¹⁴ Professora Doutora Margarida Maria Lacombe Camargo ministra Teoria do Direito na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) (CAMARGO, 2017).

¹⁵ A vaquejada é uma prática desportiva, ligada às tradições no meio rural, na qual um fazendeiro busca dominar o boi em determinado local demarcado na arena. Remonta ao passado como uma prática de que se utilizava os vaqueiros para aglutinar o gado e evitar sua fuga. Normalmente, arregimentando milhares de espectadores e movimentando um porte econômico anual considerável (CAMARGO, 2017).

¹⁶ No acórdão, em 06/10/2016, consta a decisão: “... por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente o pedido formulado para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 15.299/2013, do Estado do Ceará, vencidos os Ministros Edson Fachin, Gilmar Mendes, Teori Zavascki, Luiz Fux e Dias Toffoli. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário (BRASIL, 2016).



cultural dos sertanejos, considerando que não havia provas efetivas de crueldade com os animais. Embora tenha prevalecido o entendimento pela inconstitucionalidade da prática da vaquejada, a maioria que se formou no plenário do STF foi de seis votos contra cinco (CAMARGO, 2017).

Logo após a decisão da Corte, em 6 de outubro de 2016, foi aprovada uma lei federal elevando a vaquejada "à condição de manifestações da cultura nacional e de patrimônio cultural imaterial" (Lei nº 13.364, de em 29 de novembro de 2016). E, na sequência, cumprindo os requisitos constitucionais das Emendas Constitucionais, isto é, o voto de três quintos dos membros de ambas as Casas (Senado Federal e Câmara dos Deputados), nos dois turnos de votação, foi promulgada em 6 de junho de 2017 a Emenda Constitucional Nº 96 (EC 96), inserindo um novo parágrafo ao Artigo 225 da Constituição Federal, *in verbis*:

- Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988).

- § 7º. Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos (BRASIL, 2017).

Como é facilmente observado, no célere interregno de apenas oito meses, entre a decisão do plenário do STF pela inconstitucionalidade da legislação cearense, em 6 de outubro de 2016, e a promulgação da EC 96, em 6 de junho de 2017, o Poder Legislativo, demonstrando concertação política adequada, alcançou o *Backlash* legislativo necessário, a fim de consagrar a tripartição dos Poderes propalada por Montesquieu.

2.2.2 PEC 33/2011

Conforme relata Marmelstein (2016), a Proposta de Emenda à Constituição Nº 33 (PEC 33) foi apresentada na Câmara dos Deputados em 2011 e, basicamente, pretendia alterar o modelo de controle de constitucionalidade no País, haja vista submeter as decisões do STF ao crivo do Congresso Nacional. Acrescenta Marmelstein (2016) que, à época, essa PEC recebeu inúmeras críticas por parte de juristas, que consideraram a proposta como uma tentativa de retaliação ao Poder Judiciário por conta de suas decisões contramajoritárias.

A PEC 33, na leitura de sua Ementa no site da Câmara dos Deputados, estabelece, *in verbis*:

- PEC 33/2011 (Ementa). “Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição” (BRASIL, 2011).

Em primeiro lugar, a PEC 33 muda o quórum para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público. Nos dias de hoje, para a declaração de inconstitucionalidade é necessária a maioria absoluta de votos dos membros do STF, ou seja, são necessários pelo menos seis



votos (dos onze possíveis) para que uma norma seja considerada inconstitucional. Pelo novo critério sugerido, a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ocorrer caso houvesse 4/5 de votos, isto é, num plenário com onze ministros, seria preciso pelo menos nove votos para que uma norma fosse declarada inconstitucional, o que certamente dificultaria bastante o controle judicial de constitucionalidade.

Na sequência, a PEC 33 pretendia permitir o controle parlamentar das Súmulas Vinculantes aprovadas pelo STF. A despeito de ligeira digressão, se faz mister trazer a lume deste artigo alguma lembrança acerca das Súmulas Vinculantes e, dessa forma, ressalta-se que as Súmulas Vinculantes foram inseridas na legislação pátria por meio da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 e regulamentadas pela Lei nº 11.417 de 2006. A Súmula Vinculante nº 1 foi aprovada em 30 de maio de 2007, ou seja, a despeito da relativa contemporaneidade, em pouco mais de dezesseis anos da sua regulamentação, foram editadas mais de cinquenta, sendo a última, a Súmula Vinculante nº 58, aprovada em 27 de abril de 2020. E conforme as lições de Barcellos (2018, p. 551), o conceito de Súmula Vinculante demonstra o ápice, pelos menos até o presente momento da realidade jurídica institucional do País, da sequência de passos rumo a um sistema que assegure a observância dos precedentes dos Tribunais, especialmente na Corte Suprema, mas não exclusivamente do STF.

Atualmente, cabe ao STF rever as Súmulas Vinculantes, não havendo previsão de qualquer tipo de controle por outro órgão externo. Com a PEC 33, caberia ao Congresso Nacional deliberar sobre o efeito vinculante das súmulas, o que significaria, na prática, transferir para o Poder Legislativo a prerrogativa de aprovar ou não o que for decidido pelo STF, na sua competência de editar as Súmulas Vinculantes (MARMELSTEIN, 2016).

E, finalmente, a PEC pretendia estabelecer um mecanismo de controle legislativo e popular das decisões do STF que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à constituição. De acordo com a redação da proposta, as decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produziriam efeito imediato vinculante e eficácia contra todos, e seriam encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deveria submeter a controvérsia à consulta popular (MARMELSTEIN, 2016).

Na visão de Marmelstein (2016), não obstante a PEC 33 tenha sido arquivada, não há dúvida de que ela é um exemplo claro de *Backlash* legislativo ao ativismo judicial. Ademais, conforme o site da Câmara dos Deputados (BRASIL, 2011), importante realçar que a proposta de emenda constitucional em comento teve a autoria de político ligado à base do governo federal à época (Governo da Presidente Dilma Rousseff), fato que no mínimo sugere que a iniciativa, mesmo que de membro do Poder Legislativo, precisa ser acordada previamente com o Poder Executivo, caso contrário pode naufragar facilmente, mas, claro, sempre pode gerar discussões acaloradas e controversas, entre apoiadores e adversários no campo político.

2.3 DIÁLOGO INSTITUCIONAL

Na concepção de Victor (2015, p. 257), após a independência dos EUA e, em especial, após a Constituição em 1787, seria de se esperar que o controle judicial de constitucionalidade se desenvolvesse naquele país. Contudo, a análise do caso *Marbury versus Madison* (precursor do *judicial review* de leis federais) teve o condão de esclarecer que as circunstâncias políticas que envolveram aquele país naquele momento histórico foram cruciais para que a decisão viesse à luz. Constatou-se que, desde então, o diálogo institucional entre os Poderes revelava seu potencial no que tange à interpretação constitucional. Nessa toada, o Ministro Gilmar Mendes acrescenta que o texto do Professor Victor conseguiu vencer a máxima que vigorava no Século XVIII nos EUA. Naquela época da história



constitucional estadunidense, as consultas à Suprema Corte norte-americana geravam decisões que, em princípio, estavam sempre insertas nos mandamentos do texto constitucional, entretanto, à época, quem dizia o que estava escrito na Constituição eram os juízes.

A esse aparente monólogo judicial em face da Constituição americana, Victor contrapõe a experiência do diálogo institucional canadense, que viabiliza a superação da decisão judicial pelo Legislativo, de modo a evitar a armadilha supostamente cogitada por Charles Hughes – ex-governador de Nova Iorque, antes de se tornar Chief Justice daquela Suprema Corte estadunidense: “We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is”. (VICTOR, 2015, p. 15).

Numa tradução livre teríamos algo semelhante à expressão “estamos submetidos à Constituição, porém a Constituição é o que os juízes dizem que é”. E, na concepção do Ministro Gilmar Mendes, no Brasil, o diálogo institucional não viola as competências dos Poderes envolvidos, mas os reinsere no sistema de freios e contrapesos em um nível não previsto por Montesquieu, concernente à interpretação da Constituição. Além disso, com as audiências públicas, por exemplo, o diálogo institucional estimula a participação dos representantes do povo nos debates constitucionais, aumentando o nível e a qualidade da democracia vivida no País. E, considerando o sistema jurídico predominante no Brasil, associado ao *Civil Law*, o diálogo institucional colabora com o ideal do estado de direito ao permitir que as decisões sejam tomadas com a participação de todos os Poderes, com potencial, assim, para serem mais duradouras, trazendo maior segurança jurídica. Além disso, o diálogo institucional já é fato, mas precisa ser mais bem compreendido. O STF não invade competências do Congresso Nacional e o sistema político não dá nem um sinal de que os diálogos entre esses órgãos possam ser intermináveis e geradores de insegurança. Dessa maneira, com o diálogo institucional, o estado de direito ganhará em qualidade e clareza das normas produzidas, gerando maior estabilidade, pois resultarão de um consenso mais amplo, que envolverá o Judiciário com a participação do Congresso Nacional, ou seja, ampliando o nível de democracia na interpretação da Constituição o que, de certa forma, pode ensejar algo amplamente demandado e escasso historicamente no sistema político nacional, o instituto da *accountability*, isto é, focado na pró-atividade, no comprometimento com resultados mais satisfatórios e processos mais eficientes.

Na visão de Victor (2015, p. 259), observa-se um diálogo institucional no País de fato, haja vista o Congresso Nacional reagir às decisões do STF, ora por meio da aprovação de emendas constitucionais, ora por promulgação de leis comuns. Em contrapartida, considera que o modelo de diálogo institucionalizado do Canadá, que será apresentado neste artigo em seção *a posteriori*, segundo parte dos pesquisadores, não teve o condão de incentivar grandes participações do parlamento no processo de interpretação da Constituição naquele país.

Como afirma Marmelstein (2016), é cada vez mais tênue a linha que divide o que é uma questão política daquilo que pode ser considerado como uma questão jurídica para fins de justificar uma interferência da jurisdição constitucional. Entre os que defendem uma atuação judicial mais intensa e aqueles que sugerem que magistrados, em face da proteção dos direitos, estão usurpando o poder de deliberação popular e restringindo o papel da política, destaca-se a concepção de Victor (2015) ao lembrar que muito da implementação dos direitos trazidos no bojo da CRFB de 1988 foram alcançados pela atuação dos três Poderes, cada um agindo de forma institucional e inserto nas atribuições que lhe são pertinentes.

Por derradeiro, nesse item que trata do diálogo institucional, ressalta-se que, sucintamente, na concepção de Victor (2015, p. 259), o diálogo institucional não viola as competências dos Poderes envolvidos, mas, de forma positiva, reforça o sistema de freios e contrapesos em um nível não previsto por Montesquieu, concernente à interpretação da Constituição. Além disso, o diálogo institucional, ao

estimular a participação dos representantes do povo nos debates constitucionais, por meios de audiências públicas, aumenta o nível e a qualidade da democracia vivida no País. E, considerando que o Brasil está inserido no sistema jurídico do *Civil Law*, na verdade o diálogo institucional colabora com o ideal do estado de direito ao permitir que as decisões sejam tomadas com a participação de todos os Poderes, com potencial, assim, para serem mais duradouras, trazendo, dessa forma, maior segurança jurídica (VICTOR, 2015, p. 259).

2.4 A POSSÍVEL SOLUÇÃO CHILENA AO ATIVISMO JUDICIAL

O resultado do plebiscito realizado no dia 4 de setembro de 2022 no Chile, conforme Carmo (2022), demonstrou que a ampla maioria dos eleitores daquele país (61,86%) rejeitou o texto de uma nova constituição que havia sido proposto. Apenas 38,14% do eleitorado votou em favor da nova redação constitucional.

Conforme Nascimento¹⁷ (2022), na proposta de nova Constituição para o Chile, antes da versão que foi submetida ao referendo do povo chileno em 4 de setembro de 2022, chegou-se a aventar a possibilidade de extinção do Tribunal Constitucional daquele país. Esta ideia não vingou, e a Corte Constitucional foi mantida na proposta da nova Constituição do Chile. Na redação proposta, tem-se o Art. 377, *in verbis*:

- Art. 377. “O Tribunal Constitucional é um órgão autônomo, técnico e profissional, encarregado de exercer a justiça constitucional para garantir a supremacia da Constituição, de acordo com os princípios da deferência ao legislador, da presunção da constitucionalidade da lei e da busca de uma interpretação conforme à Constituição. As suas decisões se baseiam exclusivamente em fundamentos jurídicos” (NASCIMENTO, 2022).

Nas lições de Nascimento (2022), fica ressaltada uma clara diretriz interpretativa a ser adotada pela Corte Constitucional, isto é, a deferência ao legislador. Essa estratégia de dizer como os juízes devem interpretar as normas não é nova, embora um tanto quanto ingênua. De fato, é sempre interessante destacar que o princípio da presunção de constitucionalidade impõe a quem sustenta a inconstitucionalidade de uma lei a carga de argumentar convincentemente que existe uma incompatibilidade entre o que expressa o texto legislativo atacado e o que determina o texto constitucional. Daí que qualquer dúvida acerca da interpretação correta a ser dada a um texto deve ser resolvida em favor da lei em análise, ou seja, estabelecendo uma prevalência da norma aprovada pelo Poder Legislativo. Basicamente, deve-se conceber como prevalente a ideia de que o legislador não quis aprovar uma norma inconstitucional, tanto nos casos em que as dúvidas digam respeito ao texto da lei, quanto naqueles em que a falta de clareza reside na própria Constituição e, magistrados e Tribunais, mesmo os constitucionais, disto não podem duvidar em tese (NASCIMENTO, 2022).

Nascimento (2022) acrescenta que tal percepção de que juízes não devem declarar todas as leis que considerem inconstitucionais, mas somente aquelas em que a violação da Constituição seja tão

¹⁷ Roberta Simões Nascimento – Professora adjunta na Universidade de Brasília (UnB). Advogada do Senado Federal desde 2009. Doutora em Direito pela Universidade de Alicante, Espanha. Doutora e mestre em Direito pela UnB. Coordenadora do espaço "DEFENSOR LEGIS" no Jota, fundado em 05/08/2020, e dedicado a tratar dos temas jurídicos que envolvem o universo do Poder Legislativo, o direito parlamentar, as CPIs, o processo legislativo e as leis aprovadas, bem como as ações judiciais correlatas. Esses serão os principais temas, mas outras questões também deverão aparecer com o propósito de apresentar as peculiaridades da atividade legislativa e resgatar a dignidade do Parlamento como espaço representativo da sociedade por excelência (NASCIMENTO, 2020).



manifesta, que não deixe espaço para a dúvida razoável, ou seja, a violação precisa ser patente e clara, não é nova e já, na última década do século XIX, era encontrada na doutrina constitucional estadunidense. Seria, na verdade, o princípio da presunção de constitucionalidade se associando ao princípio da interpretação conforme à Constituição, este último servindo para operacionalizar o primeiro, a partir da autolimitação da atuação do Poder Judiciário, que nada mais é do que, precisamente, a postura de deferência ao legislador, proposta no Artigo 377 supracitado. A justificativa subjacente a tudo isso advém da legitimidade democrática dos legisladores, representantes eleitos pelo povo para promover o interesse público.

Nascimento (2022) assevera que no Brasil, notadamente no STF, o tema da deferência vem aparecendo cada vez mais na jurisprudência da Corte, muito embora a expressão venha sendo empregada com diversos parâmetros e com grandes disparidades entre os ministros. Os montantes de decisões dos ministros do STF em que a deferência ao legislador aparece ainda é bastante incipiente, conforme a pesquisa de Nascimento (2022), mas apontam que a jurisdição constitucional brasileira discute pouco e ainda precisa amadurecer na construção de indicadores que justifiquem a deferência ao legislador.

Como exemplo dessa deferência ao legislador, Nascimento (2022) constatou que no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade Nº 41 (ADC¹⁸ 41), que julgou a constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, afirmou-se que juízes e tribunais não devem declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo quando: a) a inconstitucionalidade não for patente e inequívoca, existindo tese jurídica razoável para preservação da norma; b) seja possível decidir a questão por outro fundamento, evitando-se a invalidação de ato de outro poder; e c) existir interpretação alternativa possível, que permita afirmar a compatibilidade da norma com a Constituição (princípio da interpretação conforme a Constituição). Acrescenta Nascimento (2022) que a decisão afeta ao julgamento da ADC nº 41 ainda avançou nos seguintes parâmetros para concretizar a diretriz de deferência ao legislador, *in verbis*:

- (i) o grau de legitimidade democrática do ato normativo, que se refere à necessidade de conferir tanto mais peso à presunção de constitucionalidade quanto maior o grau de consenso parlamentar e extraparlamentar atingido durante a sua tramitação e votação;
- (ii) a proteção de minorias estigmatizadas, que diz respeito à possibilidade de enfraquecer a presunção em questão quando a norma limitar direitos de grupos minoritários, ou de reforçá-la quando, ao contrário, houver benefícios em termos de proteção desses grupos e de seus interesses, e
- (iii) a relevância material do direito fundamental em jogo, que recomenda um escrutínio mais rigoroso nos casos de normas que restrinjam direitos básicos, de alto valor axiológico, como a dignidade humana, a igualdade e a liberdade de expressão. (NASCIMENTO, 2022).

Para terminar esta seção, atinente à proposta chilena de novo texto constitucional, Nascimento (2022) ressalta que por mais que o dispositivo com os princípios da deferência ao legislador, da presunção da constitucionalidade da lei e da busca de uma interpretação conforme à Constituição vá ser interpretado pelos próprios juízes da Corte Constitucional e não necessariamente represente uma

¹⁸ ADC Nº 41, proposta pelo Conselho Federal da OAB e que trata da Lei nº 12.990/2014, que estabeleceu a reserva de vagas para negros em concursos públicos. Em 8 de junho de 2017, por unanimidade, e nos termos do voto do Relator, Ministro Roberto Barroso, julgou procedente o pedido, a fim de declarar a integral constitucionalidade da Lei. Foi fixada a seguinte tese de julgamento: “É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta” (BRASIL, 2017).



garantia contra decisões ativistas (criativas), indo de encontro e não ao encontro da lei ou até mesmo contra a redação constitucional, essa proposição já representa uma clara mensagem que a Assembleia Constituinte chilena envia aos seus magistrados.

2.5 A EXPERIÊNCIA CANADENSE COM A CLÁUSULA DO “NÃO OBSTANTE” (*NOTWITHSTANDING CLAUSE*)

Conforme Branco¹⁹ (2011), com a promulgação, em 1982, da Carta Canadense de Direitos e Liberdades, explicitou-se, naquele país da América do Norte, que as Cortes podem rejeitar a legislação que conflite com os direitos fundamentais. Tornou-se nítida, portanto, a adoção do controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos do Parlamento. Em contrapartida, a mesma Constituição reservou dispositivo que flexibiliza o controle supramencionado, haja vista que na Seção 33 inseriu o que se chama de *The Notwithstanding Clause* ou cláusula do não obstante. Este dispositivo permite que o Parlamento canadense declare que o ato normativo será eficaz, não obstante a colisão com um preceito da Carta Magna daquele país. Assim sendo, mesmo que os Tribunais proclamem a inconstitucionalidade da lei, o Poder Legislativo que a promulgou pode-se valer da “cláusula do não obstante” e tornar superada a decisão judicial. A cláusula tem validade restrita no tempo, prolongando-se por cinco anos. Ao término do prazo, a cláusula deixa de valer e o ato legislativo judicialmente censurado deixa de operar, salvo se o Parlamento a reiterar expressamente por outro quinquênio.

A *notwithstanding clause* está assim redigida, *in verbis*:

- Section 33²⁰. Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate *notwithstanding* a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter (CANADÁ, 1982).

Adiciona Branco (2011) que a despeito dessa solução utilizada na Carta Magna canadense ter sido apreçada como uma fórmula suave de controle de constitucionalidade, em que se busca reduzir o desconforto que, em especial no mundo anglo-saxão, o controle de constitucionalidade existe efetivamente, o que acaba por respaldar a supremacia do Judiciário. De fato, justifica-se a solução encontrada, dizendo-se que ela abre um diálogo institucional entre os Poderes e reduz o risco de situações abusivas. O que fica como lição canadense ou sugestão para reflexão. Em que sentido seria legítimo, democraticamente, o controle de constitucionalidade? Esta reação canadense funcionaria como uma objeção contramajoritária ao controle de constitucionalidade.

Branco (2011) ressalta que a vantagem do controle judicial da lei está em pressionar o legislador a ser racional e, de certa forma, é realizado por um Poder não sujeito às contingências de momento que marcam os afazeres do Parlamento. Isso não excluiria a hipótese de os representantes do povo, em seguida a um mais estendido debate público, insistirem no diploma repellido, por meio da “cláusula do não obstante” e, destarte, ganharia a vida democrática, uma vez que essa sobreposição da legislatura não é permanente, mas limitada no tempo, ensejando mais debate e reflexão mais meticulosa sobre o assunto, antes de ser reiterada ou abandonada.

¹⁹ Doutor em Direito pela UnB, Professor do IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público e Coordenador do seu Programa de Mestrado.

²⁰ Em tradução livre, a Seção 33 teria a seguinte redação: O Parlamento ou a legislatura de uma província pode declarar expressamente em uma Lei do Parlamento ou da legislatura, conforme o caso, que a Lei ou uma disposição da mesma deve operar **não obstante** uma disposição incluída na seção 2 ou nas seções 7 a 15 desta Carta (grifo deste discente para ressaltar o *notwithstanding* ou não obstante).



Branco (2011) relembra um dos casos em que a Cláusula *notwithstanding* (não obstante) foi empregada, porém, instalou-se considerável mal-estar político. Em 1988, o Parlamento da Província de Quebec²¹ respondeu com a cláusula da Seção 33 a uma decisão judicial que invalidou uma lei que proibia placas e letreiros comerciais escritos em língua inglesa. Neste ponto é importante lembrar que o Canadá é uma República bilíngue, onde as línguas inglesa e francesa têm o mesmo valor, inclusive sua Carta Magna é redigida em ambos os idiomas. Naquela ocasião, os ministros anglófonos se exoneraram de seus cargos em protesto e comerciantes de fala inglesa, logo adiante, apresentaram, com êxito, queixas de discriminação junto ao Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas. Resultado, em 1993, após os cinco anos de vigência da cláusula do não obstante expirou, sem que a Província se animasse a reeditá-la.

Na esteira da experiência canadense da cláusula do não obstante, Branco (2011) também traz à luz a prática de instituto semelhante vivenciado no Brasil, à época sob a égide da Constituição de 1937. Esse diploma permitia que o Parlamento, por maioria qualificada, suspendesse decisão judicial declaratória de inconstitucionalidade de lei, confirmando a validade do ato normativo.

Barcellos (2018, p. 85-86) relembra que o Presidente Getúlio Vargas, no cargo desde 1930, outorgou a Constituição de 1937 e, juridicamente, é possível afirmar que ela representou uma Constituição que nunca existiu de fato, haja vista que suas disposições transitórias dissolveram todos os legislativos do País, isto é, tanto no nível federal, como no estadual e municipal. Além disso, previa um plebiscito que ocorreria para referendar o próprio texto constitucional, quando então, novas eleições seriam convocadas. Contudo, o plebiscito jamais foi realizado, tampouco as eleições, fatos históricos que definitivamente contribuem para a aceitação desse ponto de vista de uma “não-constituição” de 1937.

Nessa mesma toada, é fácil constatar o viés autoritário da Constituição de 1937 e, dessa forma, apresenta-se, como um exemplo que reproduz com exatidão e fidelidade essa inclinação, um artigo da redação constitucional, *in verbis*:

- Art. 180 - Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União (BRASIL, 1937).

Mesmo sendo evidente o poder quase ditatorial dado ao Presidente da República pela Constituição de 1937, ainda assim é mandatório admitir, conforme Branco (2011), a lógica por trás da cláusula do não obstante, que considerava que atribuir a um Tribunal a faculdade de declarar o que é constitucional, e, de modo indireto, atribuir-lhe o poder de formular, nos termos que lhe parecerem mais convenientes ou adequados, a própria Constituição. Seria como confiar a um órgão, que não se origina do povo e que não se encontra sujeito à sua opinião, o mais eminente dos poderes, haja vista que, precisamente, o poder que define os grandes poderes do governo e os grandes fins públicos a que se destina o governo não deve e não pode ser confiado a quem não tem o respaldo do povo. Na verdade, o controle judicial da constitucionalidade das leis é, sem dúvida nenhuma, um processo destinado a transferir do povo para o Poder Judiciário o controle do governo. Especialmente naqueles anos em que o Poder Legislativo foi anestesiado.

²¹ Quebec é uma Província e/ou Estado do Canadá onde a maioria da população fala francês.



3 CONCLUSÃO

Como resultado da pesquisa realizada na produção deste artigo, percorrendo e alcançando os objetivos e problema elencados, constata-se que o protagonismo contemporâneo do STF se deve em grande medida às decisões sobre temas altamente polêmicos e centrais para a vida do País, que perpassam desde a união homoafetiva até a distribuição de *royalties* de petróleo, das quotas raciais em universidades até a proibição do nepotismo na administração pública (CAMPOS, 2014, p. 15). E, como *Backlash* legislativo, ou resposta ao ativismo judicial, observamos que, além de alterações na Constituição e da criação de nova legislação infraconstitucional, o Poder Legislativo pode propugnar por um maior protagonismo por intermédio de uma concertação política visando a dar vazão aos justos anseios populares.

Outrossim, após a breve análise dos itens anteriores acerca da PEC da Vaquejada, da PEC 33/2011 e, não obstante as experiências chilena e canadense apresentadas, esta última trazendo reminiscências de um passado de autoritarismo do Poder Executivo e asfixia institucional do Poder Legislativo no interregno de vigência da Constituição de 1937, é mandatório pensar numa solução autóctone e, certamente, esta estará mais à feição do diálogo institucional, onde todos os Poderes da República são responsáveis pelo sucesso e, na mesma proporção, pelo fracasso tanto da formulação quanto da implementação de políticas públicas.

Concretamente, mesmo com a consciência que o ideal democrático busca uma igualdade de forças entre os Poderes da República, deve-se propugnar por um maior protagonismo por parte do Poder Legislativo até mesmo, para que nos momentos de crise, quando graves divergências ideológicas tendem a dividir a Nação, o que poderia levar a consequências severas, para que esteja pronto a atender o clamor da população. Enfim, a reação legislativa que se espera é no sentido de apaziguar o País nessas ocasiões mais sombrias, apontando que o único caminho de solução possível será sempre aquele fundamentado na democracia.

Por derradeiro, considerando a importância e complexidade do tema, defende-se a tese que no porvir outras pesquisas sejam elaboradas na busca de como tornar o Poder Legislativo mais protagonista na cena política. Sim, o futuro tema a ser perquirido cientificamente seria uma indagação e estaria, provavelmente, inserto na seara da ciência política. De qualquer maneira, o que não parece razoável, num contexto democrático e num Estado de direito, é observar, em período de crise, um Parlamento à mercê do Poder Judiciário, indo totalmente de encontro e não ao encontro das ideias de Montesquieu, que ao elencar os Poderes, a despeito da ordem alfabética, sempre inseriu o Poder Legislativo antes do Executivo e bem à frente do Judiciário.



REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BEMFICA, Melina Macedo. Ativismo judicial e interpretação conforme à constituição no âmbito do Supremo Tribunal Federal: estudo de caso sobre a ADI 4.277. *Revista eletrônica IDP*, jan, fev e mar. 2019. Disponível em <file:///D:/Users/carlos.radicchi/Downloads/3463-Texto%20do%20Artigo-12141-12832-10-20190520.pdf>. Acessado em 7 nov. 2022.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Experiências no Controle de Constitucionalidade – O Diálogo Institucional Canadense e a Constituição Brasileira de 1937. *Revista Direito Público. Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)*, 2011. Disponível em <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1671>>. Acessado em 10 nov. 2022.

BRASIL. **Ação Direta de Constitucionalidade Nº 41, 8 jun. 2017 (Acórdão)**. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>>. Acessado em 14 nov. 2022.

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.983, 6 out. 2016 (Acórdão)**. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>>. Acessado em 10 nov. 2022.

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.451, 21 jun. 2018 (Acórdão)**. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3938343>>. Acessado em 14 nov. 2022.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1937**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acessado em 14 nov. 2022.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1946**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acessado em 6 set. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1967-69**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acessado em 6 set. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 6 set. 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional Nº 96, de 6 jun. 2017**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm>. Acessado em 10 nov. 2022



BRASIL. **Emendas Constitucionais, 2022**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/quadro_emc.htm>. Acessado em 6 set. 2022.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição Nº 33 (2011)**. Câmara dos Deputados. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>>. Acessado em 13 nov. 2022.

BRASIL. **Súmulas Vinculantes (Quadro Resumo), 2020**. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/2020SmulaVinculante1a29e31a58Completoconteudo.pdf>>. Acessado em 20 nov. 2022.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **A vaquejada e o incipiente diálogo institucional**. JOTA, 23 jun. 2017. Constituição. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-vaquejada-e-o-incipiente-dialogo-institucional-23062017>>. Acessado em 10 nov. 2022.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANADÁ. Justice Laws Website. **Canadian Charter of Rights and Freedoms** [1982]. Disponível em <<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-12.html#h-51>>. Acessado em 11 nov. 2022.

CARMO, Márcia. **A solução da nova Constituição chilena para o ativismo judicial**. BBC News Brasil, 5 SET. 2022. Disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-62792789>>. Acessado em 10 nov. 2022.

FONTELES, Samuel Sales. Direito e *Backlash*. Revista Direito Público. **Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)**, 2018. Disponível em <<https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2690>>. Acessado em 10. nov. 2022.

FREITAS, Vladimir Passos de. Ativismo judicial: afinal, do que se trata? Revista eletrônica **Consultor Jurídico**, 12 mar. 2021. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2021-dez-12/segunda-leitura-ativismo-judicial-afinal-trata>>. Acessado em 4 nov. 2022.

LIMA, Flávia Danielle Santiago; LIMA, Jairo Neia. **Dos ministros que temos aos ministros que queremos: o processo de nomeação dos Ministros do STF (1988-2019)**. Justiça do Direito, vol. 35, n. 2, p. 95-129, mai./ago. 2021. Disponível em <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/11225/114116185>>. Acessado em 11 nov. 2022.

MARMELSTEIN, George. **Efeito backlash da jurisdição constitucional: reações políticas ao ativismo judicial**. Central de Atendimento ao Juiz Federal (CAJU), out. 2016. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/caju/Efeito.Backlash.Jurisdicao.Constitucional_1.pdf>. Acessado em 10 nov. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Precisamos urgentemente de uma Lei de Responsabilidade Social**. JOTA, 14 nov. 2022. Disponível em <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/gilmar->



mendes-precisamos-urgentemente-de-uma-lei-de-responsabilidade-social-14112022>. Acessado em 10 nov. 2022.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NASCIMENTO, Roberta Simões. **Até que ponto é legítima atuação de juízes como lobistas?** JOTA, 04 AGO. 2021. Defensor legis. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/defensor-legis/juizes-lobistas-04082021>>. Acessado em 28 jul. 2022.

NASCIMENTO, Roberta Simões. **A solução da nova Constituição chilena para o ativismo judicial**. JOTA, 31 AGO. 2022. Defensor legis. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/defensor-legis/a-solucao-da-nova-constituicao-chilena-para-o-ativismo-judicial-31082022>>. Acessado em 10 nov. 2022.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo Institucional e Controle de Constitucionalidade – Debate entre STF e o Congresso Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2015.



AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus que, na sua infinita bondade e misericórdia, me permitiu chegar ao final desta Pós-graduação, a despeito dos reveses da vida em 2022, quando em menos de trinta dias confrontei a perda de minha sogra e da minha mãezinha. Esta, minha primeira incentivadora e exemplo de retidão, respeito e amor ao próximo. De coração, também agradeço à minha família, especialmente na pessoa da minha esposa Rosana que, mais uma vez nesses 34 anos de casamento, não só aceitou, mas, muito mais que isso, me encorajou a não desistir desse desafio, mesmo que isso tenha representado menos tempo com ela e, considerando nossa condição de terceira idade legalmente assumida, menos tempo com as filhas, genros e netos.

Da mesma forma agradeço e reconheço o esforço e dedicação do Professor Carlos Eduardo Vieira Nunes, Oficial (Capitão de Mar e Guerra Fuzileiro Naval da Reserva da Marinha) da Escola Superior de Defesa (ESD), pela forma sempre cordata com que orientou a confecção deste trabalho. Também não poderia deixar de agradecer ao Comando e aos meus pares e subordinados na ESD, o que faço na pessoa da minha Chefe direta – Capitão de Mar e Guerra Marta Severo, não só pela torcida e incentivo sempre demonstrados, mas, sobretudo, por ter me permitido desfrutar da tranquilidade necessária para participar de todas as atividades desta Pós que, necessariamente, demandaram muito tempo destinado às aulas e à preparação dos trabalhos das diversas disciplinas.

Aos antigos e novos amigos e amigos conquistados nesse pouco mais de um ano, pela camaradagem, pelas demonstrações incontestes de elegância no trato interpessoal e pelos gratos momentos vividos no curso, a despeito da maior parte das atividades ter ocorrido de forma virtual. Nas poucas ocasiões em que parte da Turma conseguiu participar presencialmente ficou evidente a amizade e a lealdade de todos.

Por fim, porém com a mesma intensidade, agradeço ao corpo docente do ILB (cerca de vinte disciplinas ministradas por mais de vinte professores), em particular ao Professor Victor Marcel Pinheiro que, além das disciplinas ministradas, atuou como coorientador deste trabalho e, demonstrando invulgar paciência e perspicácia, foi incansável nas críticas e sugestões, sempre buscando a melhor redação. Da mesma forma, sua equipe técnica e demais colaboradores desse Instituto, não só pelos conhecimentos transmitidos durante a presente Pós-Graduação em Poder Legislativo e Direito Parlamentar, mas especialmente pelos exemplos de comprometimento com o ensino/aprendizagem, isto é, com a mudança de comportamento dos discentes para com o Processo Legislativo verdadeiramente republicano. Da mesma forma, um especial agradecimento à Biblioteca do Senado Federal pelas dicas e orientações transmitidas quanto à confecção deste artigo científico.

