



EFEITO *BACKLASH*: ATIVISMO JUDICIAL ENTRE DEMOCRACIA E DESCONFIANÇA NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS DE MINORIAS

Lara Carrera Arrabal Klein¹
Cassius Guimarães Chai²

RESUMO

O presente trabalho investigou como o Poder Judiciário deve equacionar a tutela de direitos e garantias de minorias e a possível reação inflamatória que conduz a sociedade a um processo menos inclusivo (efeito *backlash*). Observou-se o método hipotético dedutivo e o procedimento de revisão bibliográfica e documental com análise de conteúdo, tendo o referencial teórico de Ronald Dworkin e Jürgen Habermas (re)pensando a democracia como espaço de igualdade de influência no cenário político e jurídico. O tema é relevante, direcionado à conscientização de uma sociedade democrática no caminho de maior tolerância e proteção dos direitos e liberdades individuais e coletivos.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Tutela de Minorias; Efeito *backlash*, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas.

BACKLASH EFFECT: JUDICIAL ACTIVISM BETWEEN DEMOCRACY AND MISTRUST IN THE ENFORCEMENT OF MINORITY RIGHTS AND GUARANTEES

ABSTRACT

The present work investigated how the Judiciary should consider the protection of rights and guarantees of minorities and the possible inflammatory reaction that leads society to a less inclusive process (*backlash effect*). The hypothetical deductive method and the bibliographic

¹ Mestranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Integrante do Grupo de Estudos, Pesquisas e Extensão em Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional (FDV). Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. E-mail: lara.arrabal@gmail.com

² Doutor em Direito Constitucional UFMG - CAPES- Cardozo School of Law. Professor Adjunto da Universidade Federal do Maranhão - UFMA. Orientador do Grupo de Pesquisa Direito, Cultura e Sociedade (DGP/CNPq/UFMA). E-mail: cassiuschai@gmail.com.





and document review procedure with content analysis were observed, using the theoretical framework of Ronald Dworkin and Jürgen Habermas (re)thinking democracy as a space of equal influence in the political and legal scenario. The theme is relevant, aimed at raising awareness of a democratic society on the path of greater tolerance and protection of individual and collective rights and freedoms.

Keywords: Judicial Activism; Protection of Minorities; Backlash Effect, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas.

1. INTRODUÇÃO

Nestas considerações iniciais, é preciso ressaltar que o Poder Judiciário, dentre suas atribuições, apresenta uma complexa atuação de estabilizar as relações sociais. A função jurisdicional não se limita à aplicação da lei. A atuação jurisdicional deve concorrer para que, em uma sociedade plural, todos os indivíduos possam se reconhecer livres e iguais.

A temática apresentada é relevante e atual porque permite destacar a atuação do Poder Judiciário como oportunidade de conduzir a sociedade ao caminho da tolerância e do respeito às liberdades individuais e coletivas, por meio das decisões judiciais direcionadas à efetivação de direitos e garantias fundamentais inerentes a todos os cidadãos.

O objetivo da pesquisa consistiu em analisar como o Poder Judiciário deve equacionar a tutela de direitos e garantias de uma minoria e a possível reação inflamatória que conduz a sociedade a um processo menos inclusivo (efeito *backlash*). Para desenvolvimento desta proposição, foram utilizados o método hipotético dedutivo e o procedimento de revisão bibliográfica e documental com análise de conteúdo, a partir do referencial teórico de Jürgen Habermas e Ronald Dworkin acerca da democracia e necessário processo inclusivo de participação de todos os atingidos pela norma.

Como hipótese da presente pesquisa, impõe-se reconhecer que a sociedade hodierna é ávida por uma democracia mais participativa, não restrita ao direito de voto, buscando alcançar o direito de voz e, efetivamente, a participação nos debates políticos.



Decerto, a democracia apresenta anacronismo em seu exercício porque, embora assegurada a igualdade formal, não garante efetiva participação dos afetados, implicando dizer que a vontade da maioria não reflete necessariamente a tutela do bem comum. Neste cenário, como garantir meios eficazes de participação dos afetados no processo legislativo, como também no processo judicial dos quais são destinatários?

O questionamento posto envolve a compreensão da noção de democracia e igualdade de participação à luz da relação dialógica identificada entre Jürgen Habermas e Ronald Dworkin. A legitimação do direito vigente reclama a efetiva defesa da sociedade, com a participação dos afetados. Nesse sentido, a pesquisa se propõe a identificar mecanismos de legitimação no processo judicial quando inexistente um processo legislativo justo, do ponto de vista da efetiva participação dos afetados.

De imediato, cumpre ressaltar que função jurisdicional não se confunde com a função política de representantes eleitos pelo povo. Nos termos do artigo 93, inciso I, da Constituição Federal, o ingresso na carreira da magistratura pressupõe concurso público de provas e títulos. Portanto, o magistrado não é um representante da sociedade, no sentido de que não é por ela eleito, como em relação aos demais Poderes Federativos (Legislativo e Executivo). Como consectário lógico, tem o juiz, desde seu ingresso na carreira, a autonomia para desvelar o sentido da lei, atendo-se ao caso julgado, sem ter influências alheias ao processo.

Entretanto, é sabido não haver neutralidade a ser exigida àquele que exerce a função jurisdicional, pois são intrínsecas as experiências pessoais, crenças e conceitos pré-constituídos acerca dos bens da vida.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 (também conhecida como ‘Constituição Cidadã’), tem-se observado a atuação ativa do Poder Judiciário com fim de efetivar direitos e garantias fundamentais em momentos em que os tutelados não se viram representados no processo legislativo.



Em decisões de natureza vanguardista, na tutela das minorias, observa-se o surgimento de movimentos sociais conservadores para o fim de deslegitimar a decisão guerreada e repercutir em efeitos adversos, contrários ao objeto tutelado, intitulado ‘efeito *backlash*’.

Descortinou-se, no curso da pesquisa, que decisões racionais não se confundem com a ‘opinião majoritária’ da sociedade. A opinião pública, referendada pelo escrutínio da maioria, por vezes, é volátil, datada, não se ocupando de uma concepção científica dos fatos. Com efeito, é influenciada por fatores e agentes sociais que conduzem o cenário político.

Para desenvolvimento do tema, o presente trabalho foi dividido em três partes. Na primeira parte, foi apresentada a abordagem teórica sobre democracia, mediante uma interlocução entre os autores Jürgen Habermas e Ronald Dworkin. Adiante, foram identificados instrumentos legais de participação popular no processo judicial. Na terceira parte da pesquisa, restou analisado o efeito *backlash* a partir de casos apresentados no Supremo Tribunal Federal. Em tom de conclusão, em vista das premissas anteriores firmadas, diante do *hard case*, a atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos e garantias fundamentais, impondo-se em situações tais que a reação social traga efeitos perversos a estes direitos, é uma resposta judicial minimalista, para o conduzir de uma sociedade com maior tolerância.

2. DEMOCRACIA: SOB A PERSPECTIVIDADE DA LEGÍTIMA REPRESENTATIVIDADE

Em decorrência de uma crise global de legitimação do processo legislativo, é preciso reconhecer que os direitos são construídos e destinados aos cidadãos. Ocorre que o exercício da democracia não tem sido palco de participação equânime de todos os afetados.

Jürgen Habermas estabelece a aporia, apontando que ou o Direito se mantém atrelado a uma ordem jurídica vinculada no contexto de um *ethos* da sociedade global subordinada a um direito/autoridade sagrada, ou sua pretensão de validade pressupõe a participação dos cidadãos no processo de formação das normas, em um agir comunicativo. São as ilações do autor:

Pois, sem um respaldo religioso ou metafísico, o direito coercitivo, talhado conforme o comportamento legal, só consegue garantir sua integradora se a totalidade dos

destinatários singulares das normas jurídicas puder considerar-se autora racional dessas normas. Nesta medida, o direito moderno nutre-se de uma solidariedade concentrada no papel do cidadão que, surge, em última instância, do agir comunicativo. A liberdade comunicativa dos cidadãos pode, como vimos, assumir, na prática da autodeterminação organizada, uma forma mediada através de instituições e processos jurídicos. (...) (HABERMAS, 2012, p. 54)

Nos termos acima estabelecidos, o destinatário da norma deve participar do processo de formação da lei ou estar representado no processo político. Uma lei somente pode se pretender legítima se consistir em ato de vontade de cidadãos que se veem livres e unidos. Habermas propõe uma relação dialógica entre o Direito e os princípios da moralidade e democracia, interrelacionando-os por meio do princípio da soberania do povo. A respeito, destaca-se:

Uma vez que a pergunta acerca da legitimidade das leis que garantem a liberdade precisa encontrar uma resposta no interior do direito positivo, o contrato da sociedade faz prevalecer o princípio do direito, na medida em que liga a formação política da vontade do legislador a condições de um procedimento democrático, sob as quais os resultados que aparecem de acordo com o procedimento expressam per se a vontade consensual ou o consenso da sociedade ou o consenso racional de todos os participantes. Dessa maneira, no contrato da sociedade, o direito dos homens a iguais liberdades subjetivas, fundamentado moralmente, interliga-se com o princípio da soberania do povo. (HABERMAS, 2012, p. 127)

Os ensinamentos de Habermas se aproximam de Kant, na medida em que os cidadãos não delegam a um soberano a competência para legislar, no sentido de que o contrato social tão somente estabelece condições para que uma ordem jurídica tenha validade (HABERMAS, 2012, p. 126). A validade da norma pressupõe a necessária observância do princípio da soberania do povo.

Representa o Direito, de acordo com Kant (2017, p. 47), “a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem de acordo com uma lei universal de liberdade”. Portanto, o Direito é desvelado como a restrição da liberdade individual à condição da concordância com a liberdade de todos. Kant antevê um direito natural e inato do homem consistente em sua autonomia, anterior ao Direito positivo.

Segundo Kant, “não é possível nenhuma outra vontade a não ser a de todo o povo (uma vez que todos determinam sobre todos e, portanto, cada um determina sobre si mesmo): pois ninguém pode ser injusto consigo mesmo”, de acordo com lições de Habermas (apud KANT, 2012, p. 127). Firma o filósofo político o imperativo categórico como dever pertencente à ética,



estabelecendo uma lei máxima a subordinar todas as ações dos indivíduos. A este dever, estabelece: “Assim age de modo que a máxima de tua ação possa tornar-se uma lei universal”. (KANT, 2017, p. 186). Termos outros, impõe ao indivíduo o dever de consciência moral, de igual respeito à vida de cada um, para a formação de sociedade justa.

De acordo com Habermas (2012, p. 127), a perspectiva de Kant, ao explicitar o conceito de imperativo categórico, apoia-se nos ensinamentos de Rousseau, convergindo para uma legislação pública realizada democraticamente. Todavia, esse autor apontou Kant e Rousseau como responsáveis pela interpretação dos direitos humanos, apresentados moralmente, e do princípio da soberania do povo em uma relação de concorrência, porque não se desincumbiram da tarefa de entrelaçar os conceitos mutuamente.

Rousseau e Kant tomaram como objetivo pensar a união prática e a vontade soberana no conceito de autonomia, de tal modo que a ideia dos direitos humanos e o princípio da soberania do povo se interpretam mutuamente. Mesmo assim, eles não conseguiram entrelaçar simetricamente os dois conceitos. De um ponto de vista geral, Kant sugeriu um modo de ler a autonomia política que se aproxima mais do liberal, ao passo que Rousseau se aproximou mais do republicano. (HABERMAS, 2012, p. 134)

Segundo Habermas, se por um lado Kant antepõe direitos humanos, moralmente, à formação política da vontade, Rousseau não relaciona o exercício da autonomia política à reserva de direitos naturais, mas que isso firma-se na vontade unificada dos cidadãos por meio de leis gerais e abstratas. Todavia, a este último, não consegue “entender a prática da autolegislação” (Habermas, 2012, p. 136).

O pretendido nexos entre soberania do povo e direitos humanos, nas lições de Habermas (2012, p. 137), “reside no conteúdo normativo de um modo de exercício da autonomia política, que é assegurado através da formação discursiva da opinião e vontade, não através da forma das leis gerais”.

Ao contar com uma sociedade de composição, em sua maioria, homogênea, ancorada por tradições culturais comuns, Rousseau descreveu a constituição da soberania popular do povo por meio do contrato entre indivíduos singulares que buscam o bem-estar da coletividade, e se transformam em uma comunidade ética. Habermas (2012, p. 136) critica Rousseau,



descrevendo que o genebrino “exagerou ao máximo a sobrecarga ética do cidadão, embutida no conceito republicano de sociedade”.

Com efeito, esse proceder ético, embora almejável, não se desvela satisfatoriamente para mediar possível conflito de interesse entre a vontade da maioria e de indivíduos singulares atingidos pela norma. Ao que se conclui que a carga demasiadamente subjetiva dá margem a múltiplas interpretações para impor o discurso vencedor.

Pensada a democracia instrumentalizada por um legislador político, pautado na soberania popular, há o risco da ‘tirania da maioria’ se o legislador político sempre se conduzir e fazer prevalecer a vontade geral (ou seja, do maior número possível de seus eleitores) para se entender em um governo forte. Como pontuado por Chai, a soberania popular não necessariamente significa a representação de um interesse universal, voltado ao bem comum. A democracia revela sua anacronia ao assegurar uma igualdade universal que pode, contudo, preservar e assegurar a representação universal de todos os afetados. Destacamos:

A aprendizagem da democracia revela também seus equívocos quanto à representatividade dos interesses e dos interessados. Se por um lado o princípio da maioria admite a igualdade de participação universal, por outro lado, não significa a certeza da preservação ou da representação do interesse universal. A democracia tem necessidade de se estruturar em vista da ampliação das atribuições do Estado que sempre requer uma melhor organização de seus órgãos visando um melhor serviço ao público. (CHAI, 2006, p. 270)

Nesses termos, a democracia deve ser (re)pensada objetivando um melhor serviço à sociedade. Como antídoto à ausência ou insuficiência de representatividade, Habermas (2012, p. 142) defende que “são válidas as normas de ação as quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”. E o autor descreve quem são esses atingidos:

Para mim, ‘atingido’ é todo aquele cujos interesses serão afetados pelas prováveis consequências provocadas pela regulamentação de uma prática geral através das normas. E ‘discurso racional’ é toda tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições de comunicação que permitem no movimento de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias. Indiretamente a expressão refere-se também a negociações, na medida em que estas são reguladas através de procedimentos fundamentais discursivamente. (HABERMAS, 2012, p. 142)



Esse princípio do discurso pressupõe o reconhecimento de condições necessárias na ordem jurídica posta para o fim de efetivamente permitir a participação de todos os possíveis atingidos pela norma. Destaca-se, nas lições do autor, “direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação de opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo” (HABERMAS, 2012, p. 159).

Diante de um processo legislativo anacrônico, em que grupos majoritários engendram medidas contrárias ao bem comum, é preciso analisar mecanismos que garantam às minorias a efetivação de direitos e garantias fundamentais guarnecidos no Estado Democrático de Direito. Refletindo sobre a democracia e a (necessária) representação de todos os alcançados pela norma, investigou-se, no item seguinte, a definição de minorias e o alcance de sua participação nos processos judiciais.

3. “A VOZ DA MINORIA” E OS INSTRUMENTOS DE LEGITIMAÇÃO NO PROCESSO JUDICIAL

Segundo lições de Ronald Dworkin (2019, p. 255), “a democracia atribui poder político à totalidade do povo, e não a um indivíduo ou a um grupo”. Embora seja a igualdade política um fim almejado na democracia, é preciso reconhecer a existência de tratamento desigual. Afinal, têm os cidadãos igual poder político sobre os assuntos nacionais?

Adota-se o critério qualitativo para compreender ‘minorias’ na parcela da sociedade cuja igualdade é reconhecida formalmente, pela previsão constitucional ao direito de voto, mas cuja atuação não tem impacto ou influência no cenário político. Essa parcela social refuta uma força, por vezes invisível, representada por grupos de pressão ou exigências do eleitorado respectivo que fazem da política seu banquete.

Nessa acepção epistemológica, o conceito de minoria não é afetado pelo critério quantitativo de pessoas ou grupo numericamente definido. Isso porque é possível pensar em uma minoria com força política e econômica, cuja representatividade suplanta demais classes, guiando a

pauta e a forma de decidir das sessões legislativas e, a esta parcela, a representativa política é exercida exacerbadamente.

Ronald Dworkin (2019, p. 266) defende a igualdade de influência no cenário político, estabelecendo que “precisamos ir além do impacto igualitário e chegar à influência igualitária, ao menos para começar a explicar por que a censura das opiniões de alguns nega a igualdade do poder político”. Para tanto, “precisamos mapear as restrições voltadas para influências ruins ou inadequadas, reduzindo a importância da riqueza na política e incentivando as formas de debate político (...)” (2019, p. 284).

De acordo com Ronald Dworkin, concorrem muitos argumentos contrários à tolerância liberal de que seja dada voz à minoria. O primeiro (e mais poderoso) está em atrelar a teoria democrática à comunidade com a decisão por maioria. Esse argumento “(...) utiliza a comunidade apenas como um símbolo de determinado grupo político numericamente definido” (DWORKIN, 2019, p. 293). Nesse ambiente, utiliza-se a regra do ‘tudo ou nada’, desprezando o grupo adverso.

Contrapondo-se a esta aceção, Dworkin (2009, p. 255) estabelece que “a melhor democracia é a que tiver mais probabilidade de produzir as decisões substantivas que tratem todos os membros da comunidade com igual consideração”. Nessa ilação, quando a democracia não produz a melhor norma, no sentido de representar os interesses de todos em igualdade de condição, uma lei injusta ou ausência de norma pode desencadear uma decisão injusta.

Enfatiza-se, neste ponto, a concepção do juiz Hércules para solução de casos difíceis, nos seguintes termos definidos pela teoria de Dworkin (2002, p. 167), “eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules”.

Cita-se:

Hércules é então levado, por este projeto, a um processo de raciocínio muito semelhante àquele do árbitro autoconsciente do jogo de xadrez. Deve desenvolver uma teoria da constituição na forma de um conjunto complexo de princípios e políticas que justifiquem o sistema de governo, assim como o árbitro de xadrez é levado a desenvolver uma teoria sobre a natureza de seu jogo. Hércules deve desenvolver essa teoria referindo-se alternadamente à filosofia política e ao pormenor institucional. Deve gerar teorias possíveis que justifiquem diferentes aspectos do sistema, e testá-



las, contrastando-as com a estrutura institucional mais ampla. Quando o poder de discriminação desse teste estiver exaurido, ele deverá elaborar os conceitos contestados que a teoria exitosa utiliza. (DWORKIN, 2002, p. 167-168)

A concepção de Dworkin serviu como base para a análise de Habermas sobre a racionalidade da jurisdição sobre os critérios da segurança do direito e da aceitabilidade racional. Cita-se: “(...) a racionalidade da jurisdição depende da legitimidade do direito vigente. E esta depende, por sua vez, da racionalidade de um processo de legislação, o qual, sob condições da divisão de poderes do Estado, não se encontra à disposição dos órgãos de aplicação do direito” (HABERMAS, 2012, p. 297).

A legitimação do direito vigente reclama a efetiva defesa da sociedade, com a participação dos afetados. Questiona-se: é possível pensar em mecanismos de legitimação também no processo judicial, mormente quando incoerente o processo legislativo no aspecto de não atribuir igualdade de tratamento?

A despeito, como importantes mecanismos para o fim de reverberar a ‘voz das minorias’ no processo judicial, como de todos os demais interessados, identifica-se na legislação pátria os institutos do *amicus curiae* e audiências públicas.

O instituto do ‘amigo da Corte’, ou *amicus curiae*, está disciplinado no artigo 7º, §2º, da Lei nº 9.868/99. Regulamenta a participação de terceiros com representatividade, como as mais variadas entidades de natureza pública e privada. Importante destaque é que esse mecanismo permite aos afetados, ora representados, a capacidade para influenciarem os debates nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal.

Outro instituto importante no processo de ‘democratização’ do judiciário são as audiências públicas. Nos termos do artigo 9º da Lei nº 9.868/99, o Supremo Tribunal Federal poderá coletar informações, opiniões de técnicos e expertise sobre os temas analisados, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Formando-se o cenário dialético, o juiz na condição de Juiz Hércules, para tomada de decisão em casos difíceis, deve se preocupar com a coerência e a integridade do ordenamento jurídico.

Se por um lado, a aproximação da sociedade ao debate jurídico demonstra a defesa pela democracia, pelo direito de voz, de manifestação, de participar de temas que lhe são caros, por outro lado, a manifestação popular que desafia a decisão judicial pode resultar no efeito *backlash*.

Tomados esses apontamentos, apresenta-se ao debate o questionamento acerca da racionalidade da decisão judicial em questões não assentadas pelo Poder Legislativo, antevendo possível confronto com uma parcela conservadora da sociedade. O presente trabalho propõe a análise desse questionamento.

4. O EFEITO *BACKLASH* NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA: ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS

O efeito *backlash* ou ‘reação’ tem sua origem nos Estados Unidos, aplicado na arena política, considerado como uma “reação de forças contrárias desencadeadas por mudanças no status quo”, conforme Post e Siegel (2007, p. 18).

Destaca-se o caso *Furman vs Georgia* como um dos casos paradigmáticos que desencadeou o efeito *backlash* nos Estados Unidos:

Acerca do contexto histórico relacionado ao efeito *backlash*, GEORGE MARMELSTEIN (2015) assevera que, no ano de 1972, no caso *Furman vs. Georgia*, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu, em um placar de 5 a 4, que a pena de morte seria incompatível com a oitava emenda da constituição norte-americana, que proíbe a adoção de penas cruéis e iníquas.

Com o citado julgamento, o que sinalizava ser o fim da pena de morte nos Estados Unidos teve uma repercussão surpreendente, pois a postura liberal da Suprema Corte, ao invés de gerar um amplo consenso em torno da perversidade dessa punição, fortaleceu o pensamento do grupo conservador existente, o qual, ao obter maioria nas eleições seguintes, conseguiram aprovar leis aumentando o rigor da legislação penal, ampliando a prática da pena de morte.

Após, em 1976, diante da mudança do cenário político, a Suprema Corte, reavaliando a decisão proferida em *Furman vs. Georgia*, adotou entendimento segundo o qual, respeitadas algumas condições, a adoção da pena de morte seria compatível com a oitava emenda da constituição, de forma a permitir que os estados mantivessem a pena capital como sanção para os crimes mais graves.

Nesse contexto, o jurista supracitado salienta que, após a decisão proferida no caso *Furman vs. Georgia* e a vitória eleitoral do grupo político favorável à pena morte, o número de estados que passaram a adotar a referida sanção aumentou em relação ao quadro anterior.



Com isso, estados que antes não adotavam a pena de morte passaram a adotá-la graças à mudança na opinião pública provocada pela reação contra a postura liberal adotada pela Suprema Corte. Portanto, a tentativa de ampliação da proteção do direito fundamental em detrimento da sanção de morte restou infrutífera, de modo que a decisão judicial teve um efeito indesejado e o avanço da tese abolicionista e liberal. (SILVA, 2019, n.p.)

Assim como identificado o efeito *backlash* na decisão proferida pela Suprema Corte Norte Americana, no direito brasileiro o tema também compõe a pauta do Poder Judiciário.

Neste repertório será fundamental a análise de julgados pelo Supremo Tribunal Federal, a saber: ADPF nº 187/DF (“marcha da maconha”), RE nº 635.659 (legalização das drogas); ADI nº 4.277/DF e ADPF nº 132/RJ (reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar). Buscou-se percorrer o caminho que a jurisprudência hodierna vem seguindo nos casos concretos acima apresentados e a compatibilidade da atuação judicial com o texto constitucional frente à ação das forças sociais e políticas conservadoras para manter o status quo.

A ADPF nº 187/DF, de relatoria do Min. Celso de Mello, foi ajuizada pela Procuradoria Geral da República em exercício, tendo por objeto o reconhecimento da ‘marcha da maconha’ (compreendendo assembleias, reuniões, marchas, passeatas ou encontros coletivos) como manifestação legítima de duas liberdades individuais: direito de reunião e o direito de liberdade de expressão do pensamento. A peça preliminar sinalizou, ainda, o objetivo de obter apoio para o oferecimento de projetos de lei de iniciativa popular para o fim de refutar os modelos normativos em vigor e promover atos em favor das posições defendidas. Essa ação constitucional contou com a admissão de *amicus curiae* (Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos – ABESUP e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM) reconhecidos como instrumentos de legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Neste julgamento destaca-se, parcialmente, o voto do Ministro-Relator Celso de Mello, *in verbis*:

(...) o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias deve compor, por tratar-se de questão impregnada do mais alto relevo, a agenda desta Corte Suprema, incumbida, por efeito de sua destinação institucional, de velar pela supremacia da Constituição e de zelar pelo respeito aos direitos, inclusive de grupos

minoritários, que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional.

Com efeito, há necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito, havendo merecido tutela efetiva, por parte desta Suprema Corte, quando grupos majoritários, por exemplo, atuando no âmbito do Congresso Nacional, ensaiaram medidas arbitrárias destinadas a frustrar o exercício, por organizações minoritárias, de direitos assegurados pela ordem constitucional. (BRASIL, 2011c, p. 86)

No mesmo julgamento emblemático (ADPF nº 187), o Ministro Fux apresentou em seu voto que na hipótese de desacordo moral razoável, a decisão judicial deve ser ‘minimalista’:

(...) já é bastante pacificada a ideia de que, no prisma constitucional, a atuação do Tribunal deve cingir-se a uma postura eminentemente minimalista, quando está em jogo um desacordo moral razoável. Nós hoje não podemos afirmar que a coletividade brasileira, no seu todo, encampa com leveza essa ideia de que essa marcha possa ser realizada. Temos que respeitar as opiniões em contrário. É exatamente esse desacordo moral razoável é que impõe que nós fiquemos adstritos ao princípio da congruência, sem conhecer pedido que não foi formulado pelo autor originário, a eminente Subprocuradora-Geral da República. E apenas para acrescentar, Ministro Celso, à beleza, como de sempre, do seu voto, eu trago aqui essa abordagem sobre a lógica do minimalismo, a lição do professor Cass Sunstein, uma obra de Cambridge, uma obra famosa sobre o minimalismo na Suprema Corte - e é rápida a minha intervenção, onde ele expõe o seguinte: A trilha minimalista normalmente - nem sempre, mas normalmente - faz muito sentido quando o tribunal está falando com uma questão constitucional de alta complexidade sobre a qual muitas pessoas possuem sentimentos profundos e sobre a qual a nação está dividida em termos morais. O minimalismo faz sentido, em primeiro lugar, porque os tribunais podem resolver tais temas incorretamente; em segundo lugar, porque podem criar sérios problemas mesmo que suas respostas sejam corretas. Os tribunais, portanto, tentam economizar o desacordo moral mediante a recusa em adotar os compromissos morais profundamente assumidos por outras pessoas quando desnecessário para decidir o caso concreto (...). (BRASIL, 2011c, p. 122-123)

Ao que se depreende, o Ministro Fux defende que a decisão judicial ‘vanguardista’, quando encontra o denominado desacordo moral razoável, deve ser tomada de forma gradual. Denota-se a preocupação em desencadear um efeito inflamatório na sociedade de insurgir-se contra decisão firmada, retrocedendo quanto aos direitos e garantias sedimentados na ordem jurídica pátria.

Nesse julgamento, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no mérito, julgou por unanimidade a ADPF para atribuir ao art. 287 do CP interpretação conforme a Constituição, para “excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações ou eventos



públicos” (BRASIL, 2011c, p. 120). Nota-se que, nesse julgado, posicionou-se a Corte em uma posição minimalista, deixando de se manifestar sobre a legalização das drogas ou qualquer substância entorpecente.

No julgamento do RE nº 635.659, autuado desde 22 de fevereiro de 2011, foi submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal a legalização das drogas. A matéria foi reconhecida como repercussão geral. Até a presente data não houve o julgamento definitivo, em vista de sucessivos pedidos de adiamento pelos ministros da Corte.

Em entrevista à BBC Brasil, realizada em 14 de setembro de 2015, o Ministro Luís Roberto Barroso mencionou que o primeiro passo é a descriminalização do consumo da maconha. De acordo com o ministro, existe resistência na sociedade contra a liberação das drogas. Sendo assim, entende que se o Supremo Tribunal Federal se posicionar por descriminalizar todo e qualquer tipo de substâncias ilícita, "existe o risco de haver uma reação da sociedade contra a decisão, o que os americanos chamam de *backlash*” (SCHREIBER, 2015, n.p.).

No julgamento da ADPF nº 132-RJ e da ADI nº 4.277-DF, de relatoria do Ministro-Relator Ayres Britto, o Supremo Tribunal Federal reuniu essas ações, tendo por objeto conferir “interpretação conforme a Constituição ao artigo 1723 do Código Civil para o reconhecimento da união homoafetiva como instituto jurídico” (BRASIL, 2011a, p. 822).

Nesse julgamento depreende-se do aresto princípios previstos na ordem constitucional, em destaque: proibição de preconceito, nos termos do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por afrontar norma constitucional de “promover o bem de todos”; direito à preferência sexual como corolário do princípio da “dignidade da pessoa humana”; direito à autoestima; direito à busca da felicidade; proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual e autonomia da vontade das pessoas naturais.

Decidiu a Corte por reconhecer à união homoafetiva o tratamento constitucional da instituição família. Observa-se a ausência de especificação textual no artigo 226, caput, da Constituição Federal. Na ausência da norma, pelo legislador, a jurisprudência da Corte inovou alçando direito de uma minoria até então não reconhecida no ordenamento jurídico.

Nesse julgamento, os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso suscitaram divergência na confecção do acórdão e foram concordes no entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas: “Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata autoaplicabilidade da Constituição” (BRASIL, 2011c, p. 5).

Ao final do julgamento, em 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, julgou procedentes as ADI nº 4277 e ADPF nº 132 para conferir à união homoafetiva as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva.

Nesses julgamentos cumpre destacar, como pontos de aproximação, a democratização do processo judicial, por meio da participação dos legitimados pelos instrumentos legais, como *amicus curiae*, ensejando o positivo efeito de abrir ao debate público temas tão relevantes e ainda não positivados pelo ordenamento jurídico, oportunizando a tutela e a visibilidade de uma minoria que não se entendeu ainda representada, nos casos citados, no cenário político.

Aproximando das conclusões da pesquisa, apenas algumas digressões: tem o Judiciário o *poder-dever* de anunciar uma ‘nova era’ para uma sociedade mais tolerante e empática ou deve aguardar a ‘acomodação pela sociedade’ acerca dos valores e comportamentos no meio social?

Martonio Barreto Lima (2016) fez importante pontuação sobre a atuação do Judiciário como Superego da Sociedade, indicando risco de que a Constituição seja despejada do seu fundamento político de proteção e previsão de direitos e garantias, e conformada a um texto, semelhante aos de conteúdo religioso, do que o intérprete deduz valores. Vejamos:

A apropriação da persecução de interesses sociais, dos processos de formação da vontade política e dos discursos morais por parte da mais alta Corte é alcançada por meio de uma transformação fundamental do conceito de Constituição: a Constituição passa a ser não mais compreendida – tal qual nos tempos da fundamentação racional-jusnaturalista da democracia - como documento da institucionalização de processos e de garantias fundamentais das esferas de liberdades capazes de garantir todos esses processos políticos e sociais, mas como um texto fundamental do qual, a exemplo da



Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos. O Tribunal Federal Constitucional realiza em muito de seus votos de maioria “teologia constitucional”. Enquanto a uma prática judiciária quase religiosa corresponde uma veneração popular da Justiça, o superego constitucional assume traços imperceptíveis, coincidindo com formações “naturais” da consciência, tornando-se portador da tradição no sentido atribuído por Freud. Por conta de seus métodos específicos de interpretação constitucional, ele atua menos como “Guardião da Constituição” do que como garantidor da própria história jurisprudencial, à qual se refere legitimamente de modo autorreferencial. (BARRETO LIMA, 2016, p. 10-11)

Nos termos acima propostos, cumpre ao Poder Judiciário encontrar no texto constitucional os direitos e as garantias fundamentais, submetendo-se às barreiras de controle, assim como demais instituições do Estado.

5. (RE)PENSANDO O DEBATE JURÍDICO: DEMOCRACIA, REPRESENTATIVIDADE E TOLERÂNCIA

O debate ora posto não teve pretensão de alcançar uma única resposta sobre a decisão correta em uma arena de confronto entre maioria conservadora e uma minoria sobre valores e direitos reclamados no processo judicial. Trata-se de uma difícil decisão, que demanda a atuação de um juiz Hércules, nos termos citados por Dworkin, que tenha a coerência de reunir princípios consagrados na Constituição, entendendo a integridade do ordenamento jurídico, a ponto de emitir uma decisão racional, cujo objetivo-fim não seja a defesa de um ou outro, mas a tutela do direito efetivamente protegido na carta constitucional.

A presente pesquisa buscou traçar possível caminho para a melhor decisão, tendo como ponto de partida a necessidade de efetiva representação e participação dos afetados no cenário político e no cenário jurídico por meio dos instrumentos legais. É no debate político o palco para que os valores, os interesses, os bens da vida sejam colocados a público e regulamentada a vida em sociedade, no objetivo do bem comum. Quando deficitário o processo legislativo, há, ainda, ao cidadão, o direito de recorrer ao Poder Judiciário.

A sociedade evoluiu exponencialmente quanto à sua forma de se manifestar, relacionar e contratar, em vista dos avanços tecnológicos. Com a sociedade e para a sociedade, o Poder Judiciário também deve ‘evoluir’ acomodando as agruras e inquietudes dos cidadãos.



Diante da complexidade do mundo moderno, o Poder Judiciário deve perseguir a conscientização de uma sociedade democrática no caminho de maior tolerância e proteção dos direitos e liberdades individuais e coletivas. A Constituição Federal, desde sua promulgação em 5 de outubro de 1888, representou o prenúncio de ‘uma nova era’, ao estabelecer expressamente um tratamento digno a todos os cidadãos, sob os postulados da igualdade e da liberdade.

Portanto, não é o Poder Judiciário o oráculo da sociedade; os direitos estão postos e sua interpretação deve guardar racionalidade, coerência e integridade, não na defesa de um, mas de todos que forem violados substancialmente em seus direitos. A reação contrária da sociedade pode refletir sua ausência de preparo e intolerância ao ‘novo’.

Nessas hipóteses, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que o Judiciário deve atuar com ‘minimalismo’ para evitar uma reação desencadeante que traga mais malefícios e perseguições ao tutelado. Educar para a tolerância é conduzir ao caminho a que o resultado possa ser alcançado mediante a respeitabilidade do outro e em prol do bem comum, sem violência.

REFERÊNCIAS

BARRETO LIMA, Martonio. **Judiciário como Superego da Sociedade** [de Ingeborg Maus]. Tradução do alemão por Martonio M. B. Lima e Paulo A. de M. Albuquerque. 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/309113051_Judiciario_como_Superego_da_Socieda_de_Traducao_do_alemao_por_Martonio_M_B_Lima_e_Paulo_A_de_M_Albuquerque. Acesso em: 24 abr. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Código de Ética da Magistratura**. Brasília, 18 set. 2008. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura>. Acesso em: 16 maio 2021.

_____. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 dez. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277**. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 05 maio 2011a. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur200017/false>. Acesso em: 26 jan. 2021a.



_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello. Julgamento: 27 abr. 2005. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur5762/false>. Acesso em: 26 jan. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132**. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 05 maio 2011b. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur200015/false>. Acesso em: 26 jan. 2021b.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 15 jun. 2011c. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur265858/false>. Acesso em: 26 jan. 2021c.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 635.659**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 08 dez. 2011d. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral3421/false>. Acesso em: 26 jan. 2021d.

CHAI, Cássius Guimarães. Análise das doutrinas do “mootness” e do “ripeness” no direito norte-americano e as nocividades para uma democracia entre livres e iguais decorrentes da distinção ontológica entre um controle concreto e abstrato de constitucionalidade. Uma contribuição para o processo discursivo da jurisdição constitucional brasileira: tempo e risco como elementos concretos do controle normativo. **Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão**, São Luís, v. 13, p. 235-284, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. 4. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

DIAS, Miracy Barbosa de Sousa Gustin. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FABRE, Simone Goyard. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: RT, 2002.

FINCATO, Denise Pires; GILLET, Sérgio Augusto da Costa. **A Pesquisa Jurídica sem Mistérios: do Projeto de Pesquisa à banca**. Porto Alegre: Editora Fi, 2018.

HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms**. Cambridge, Massachusetts: Massachusetts Institute of Technology, 1996.

_____. **Direito e Democracia: entre factidade e validade**. Vol I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.





_____. **Direito e Democracia: entre factidade e validade**. Vol II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Verdad y justificación: ensayos filosóficos**. Madrid: Trotta, 2002.

HABERMAS, Jürgen; RAWLS, John. **Debate sobre El Liberalismo Político**: introducción de Fernando Vallespin. Barcelona: Paidós. 1996.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2017.

NETTO, Menelick de Carvalho. A Hermenêutica Constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Org.). **Jurisdição e hermenêutica Const. no Estado Democrático Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 25-44.

POST, Robert; Siegel, REVA. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, New Haven, n. 131, 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=990968>. Acesso em: 26 jan. 2021.

SCHREIBER, Mariana. Ministro do STF diz que Brasil deve 'legalizar a maconha e ver como isso funciona na vida real'. **BBC News Brasil**, Brasília, 14 set. 2015. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150914_drogas_barroso_ms. Acesso em: 26 jan. 2021.

SILVA, José Rubens Macedo Paizan Silva. **O Ativismo Judicial e as Consequências do Efeito “Backlash” no Direito Brasileiro**. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-e-as-consequencias-do-efeito-backlash-no-direito-brasileiro-2/>. Acesso em: 26 jan. 2021.