

A UTILIZAÇÃO DE PRINCÍPIOS PELO STF NO CONTEXTO DO ATIVISMO JUDICIAL E O EFEITO BACKLASH: LEITURAS DO ANTIPOSITIVISMO E DO REALISMO JURÍDICO

USE OF PRINCIPLES BY THE STF IN THE CONTEXT OF JUDICIAL ACTIVISM AND THE BACKLASH EFFECT: READINGS OF ANTIPOSITIVISM AND LEGAL REALISM

USO DE PRINCIPIOS POR PARTE DEL STF EN EL CONTEXTO DEL ACTIVISMO JUDICIAL Y EL EFECTO BACKLASH: LECTURAS DE ANTIPOSITIVISMO Y REALISMO JURÍDICO

Stephany Oliveira Giardini Fonseca¹

RESUMO: Este artigo buscou discutir como a utilização dos princípios podem gerar o instituto conhecimento como ‘ativismo judicial’ e questionar as possíveis consequências das decisões pautadas em uma moral pré-definida pelo intérprete pode gerar insegurança jurídica e conflito com os demais poderes institucionais. O presente artigo também buscou entender o chamado efeito backlash.

Palavras-chaves: Ativismo judicial. Efeito backlash. Princípios.

ABSTRACT: This article sought to discuss how the use of principles can generate the institute knowledge as 'judicial activism' and questioning the possible consequences of decisions based on a moral pre-defined by the interpreter can generate legal uncertainty and conflict with other institutional powers. This article also sought to understand the so-called backlash effect.

1791

Keywords: Judicial activism. Backlash effect. Principles.

RESUMEN: Este artículo buscó discutir cómo el uso de principios puede generar en el instituto conocimiento como 'activismo judicial' y cuestionar las posibles consecuencias de decisiones basadas en una moral predefinida por el intérprete puede generar inseguridad jurídica y conflicto con otros poderes institucionales. Este artículo también buscó comprender el llamado efecto contragolpe.

Palabras clave: Activismo judicial. Efecto de reacción. Principios.

INTRODUÇÃO

Os princípios estão cada vez mais presentes nas decisões tomadas pelos intérpretes julgadores, inclusive como uma forma de superar regras que são consideradas injustas, gerando o que se denomina de ‘ativismo judicial’.

¹Bacharel em direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro; Pós-graduada em direito privado pela Universidade Cândido Mendes e Pós-Graduada em direito público pela Escola Superior de Advocacia Pública.

O presente artigo tem como foco principal o questionamento sobre até que ponto a utilização dos princípios enseja decisões parciais pautadas em uma moral pré-definida pelo intérprete, gerando insegurança jurídica e possibilitando, inclusive, conflito com os demais Poderes Institucionais, através do efeito *backlash*.

Será igualmente discutido até que ponto essas decisões ativistas, que geralmente ocorrem em um contexto de casos difíceis moralmente carregados, não seriam, na verdade, derivadas de uma inclinação moral dos julgadores do caso. Esses, apenas em um segundo momento, investigariam o material jurídico a ser utilizado como fundamento da decisão já tomada intuitivamente logo em uma primeira análise, tese construída pelo realismo jurídico.

Sendo assim, analisaremos a aplicação dos princípios nas decisões judiciais, a partir da análise dos pensamentos antipositivista e realista, trazendo à baila o estudo do julgamento da ADI 4983 do Estado do Ceará, que trouxe como efeito reverso a reação legislativa conservadora com a aprovação da Emenda Constitucional nº 96 de 6 de junho de 2017, efeito este denominado de '*backlash*'.

Na tentativa de maior dilapidação do tema, faz-se necessário estabelecer as principais diferenças práticas entre as tomadas de decisões pautadas em regras claras e bem definidas e as pautadas em uma gama principiológica abstrata, o que se fará através da análise dos principais pontos de pensamentos filosóficos de viés antipositivista e positivista, mais especificamente da escola do realismo jurídico.

Finalmente, após as análises acima sugeridas, será possível que se chegue a algumas conclusões acerca da problemática central levantada, mais especificamente comprovando a reação das demais instituições que compõem o Estado Democrático de direito diante de decisões principiológicas e progressistas do Supremo Tribunal Federal.

A perspectiva antipositivista

Segundo Luís Roberto Barroso – que, de forma simbólica, é atualmente Ministro do STF – o marco filosófico do atual direito constitucional é o pós-positivismo, que seria a sublimação dos modelos puros do jusnaturalismo e do positivismo, correspondendo a uma terceira via que não menospreza as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas que contesta o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política². Em que pese as pertinentes críticas acerca da criação de nova categoria e da nomenclatura, fato

² BARROSO, Luís Roberto, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 3ª edição: São Paulo, Saraiva, 2011, p. 269-270

é que, nesse contexto de reaproximação entre direito e moral, os princípios se revelam protagonistas.

Resta reconhecido na Teoria do Direito que as normas jurídicas se subdividem em regras e em princípios. A partir dos estudos de Ronald Dworkin em debate com Hart, o tema dos princípios passou por substancial desenvolvimento, sendo, na sequência, sistematizado por Robert Alexy em categorias mais próximas da realidade romano-germânica³.

Analisando determinados casos, dentre os quais o famoso *Riggs vs. Palmer*, Dworkin identificou que os julgadores, especialmente em casos difíceis, “recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões”⁴, denominando princípio “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”⁵.

Em apertada síntese, tem-se que, quanto ao conteúdo, enquanto as regras contemplam comandos mais objetivos, os princípios se relacionam a decisões políticas fundamentais, valores ou fins públicos; quanto à estrutura, as regras são descritivas, enquanto os princípios têm textura mais aberta, são finalísticos, e funcionam como uma instância reflexiva⁶, permitindo o processamento de argumentos em sentidos diversos; quanto à aplicação, a das regras se dá à maneira do “tudo-ou-nada”⁷, mediante subsunção, sendo mandados definitivos, ao passo que os princípios são aplicados de acordo com a dimensão de peso⁸ que assumem no caso concreto, mediante ponderação, de acordo com a máxima da proporcionalidade, segundo Alexy, sendo mandamentos de otimização que ensejam direitos *prima facie*⁹.

Tais caracterizações revelam que as regras têm como valor subjacente a segurança, ao passo que os princípios, em razão de sua textura aberta que permite atuação mais intensa do intérprete, combinando flexibilidade e eficiência, estão mais próximos do ideal de justiça.

Chueiri e Macedo muito bem observam que, para Dworkin, nos casos em que não há regras, os juízes devem decidir com base em princípios, levando em conta também a história

³ Ibidem, p. 227.

⁴ DWORKIN, Ronald, *Levando os Direitos a Sério*; tradução e notas Nelson Boeira, 1ª edição: São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 36.

⁵ Ibidem, p. 36

⁶ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 228-229.

⁷ DWORKIN, Ronald, *Levando os Direitos a Sério*; cit., p. 39

⁸ Ibidem, p. 42.

⁹ ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, tradução: Virgílio Afonso da Silva, da 5ª edição alemã: São Paulo, Malheiros Editores, 2008, pp. 90-116.

institucional da comunidade, buscando integrar as decisões passadas com a presente e fornecer fundamento para as futuras, como na construção de uma narrativa¹⁰.

Os autores destacam ainda que, quanto ao caráter político das decisões em casos difíceis, Dworkin entende que os indivíduos têm direito a obter uma resposta do Judiciário, de modo que os juízes devem proferir decisões baseadas em princípios demonstrando como aquele é o que melhor se amolda ao caso concreto. Ademais, Dworkin entende que constitucionalismo e democracia são complementares, e que os juízes devem decidir com base em princípios justificáveis na comunidade política, porém destaca que há diferença entre o atuar jurisdicional e o legislativo¹¹.

Nesse sentido, sustenta que uma democracia constitucional implica atuação do Judiciário para resolução de *hard cases* e para proteção das minorias sistematicamente excluídas, a cujas demandas o legislativo é pouco sensível. Para Dworkin, em que pese a estabilidade política seja um ideal a ser perseguido, base mais sólida da comunidade é a justiça. Para tal, o Judiciário deve tratar o direito como integridade, com decisões coerentes e justificativas fundadas em princípios – que podem e devem ser debatidos, constituindo o que denomina “fórum de princípios” – bem como deve defender a igualdade como o próprio elo entre o constitucionalismo e a democracia, rechaçando discriminações injustas¹².

1794

Logo, para Dworkin, ainda que a estabilidade seja relevante, o Judiciário não pode se deixar intimidar pelo medo de reações adversas da maioria às suas decisões, eis que a função de garantir os direitos fundamentais, a justiça e a igualdade entre os cidadãos, preservando as minorias, muitas vezes implica decisões contramajoritárias. Diante disso, Chueiri e Macedo concluem ser possível inferir que para Dworkin a possibilidade do efeito *backlash* não deveria dissuadir os juízes de buscarem a melhor solução para o caso concreto com base em princípios, na concretização de seu compromisso com a justiça e a igualdade¹³.

Contudo, por outro lado, a textura aberta dos princípios pode conduzir a elasticidade exacerbada ou mesmo indefinição de seu sentido, permitindo que varie em função das concepções morais, filosóficas, ideológicas e religiosas do intérprete. Nesse sentido, é farta a literatura em tentativas de elaborar elementos de segurança para que a interpretação e a

¹⁰ CHUEIRI, Vera Karam de; MACEDO, José Arthur Castillo de. *Teorias Constitucionais Progressistas, backlash e Vaquejada*. Sequência (Florianópolis), Florianópolis, n. 80, p. 123-150, Dec. 2018. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552018000300123&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 01/07/2020 às 15h10, p. 128.

¹¹ *Ibidem*, p. 129.

¹² *Ibidem*, p. 130-131.

¹³ *Ibidem*, p. 131.

ponderação dos princípios tenham legitimidade e racionalidade¹⁴. No entanto, essa tarefa de aproximar o direito e a moral na medida certa para a correta aplicação do Direito ao caso, sem permitir que a moral pessoal do intérprete julgador interfira, é extremamente complexa.

Na prática, algumas vezes os princípios são invocados como trunfos em *hard cases* para suportar decisões em que o julgador imprime suas impressões morais e ideológicas¹⁵ sobre o tema, eventualmente em sentido diverso do apontado pelas regras (ou pelos demais princípios aplicáveis). Com isso, a utilização exacerbada dos princípios no contexto do ativismo judicial tem gerado reações da sociedade, algumas antidemocráticas, como ataques ao STF, e outras dentro do jogo democrático dos *freios e contrapesos*, como o efeito *backlash* que se verificou com a edição da EC 96/17 em sentido contrário ao decidido pelo STF.

Dessa forma, devem os intérpretes julgadores sempre se policiar internamente para evitar esse tipo de desvirtuamento. Para viabilizar controle no âmbito do Judiciário, a aplicação de princípios impõe ao intérprete um esforço especial de justificação, consistente na potencialização de seu ônus argumentativo, devendo ser demonstrada analiticamente a construção de seu raciocínio, de modo a permitir processos de verificação de racionalidade que lhe garantam legitimidade¹⁶ – por exemplo, através do procedimento da proporcionalidade em sentido estrito articulado por Alexy. Ainda, deve-se ter em mente que, para o bem e para o mal, como assinala Dworkin, o controle externo ao Judiciário-intérprete se revela uma consequência natural, por meio de respostas dos demais poderes – e da própria sociedade como um todo – dentro do jogo democrático.

O Realismo Jurídico e a sua compatibilidade com os estudos das ciências morais

As vertentes mais relevantes do realismo jurídico são o norte-americano e o escandinavo. Em razão da limitação espacial, cinge-se aqui a abordar somente o movimento norte-americano. Os adeptos desse realismo são conhecidos por adotar as seguintes idéias: a) o foco da sua atenção volta-se para as mudanças, em detrimento do caráter estático da realidade jurídica; b) a afirmação de que os juízes exercem uma atividade criativa sobre o

¹⁴ A título de exemplo, Cf.: BARROSO, Luís Roberto, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, cit., p. 361.

¹⁵ Há estudos no sentido de que a aplicação de tais princípios não se dá de forma consistente, variando em casos semelhantes, inter e intrasubjetivamente, inclusive sem que se perceba a influência de diversos fatores, conforme será abordado no próximo tópico. Cf.: STRUCHINER, Noel; HANNIKAINEN, Ivar. *A insustentável leveza do ser: sobre arremesso de anões e o significado do conceito de dignidade da pessoa humana a partir de uma perspectiva experimental*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-insustentavel-leveza-do-ser/>>. Data de acesso: 29/06/2020, às 10h43, p. 6 e 24.

¹⁶ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *O jovem direito civil-constitucional*. Editorial. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-jovemdireito-civil-constitucional/>>. Acesso em 02/07/2020, às 20h40, p. 2.

direito; c) a compreensão do Direito não como fim, mas como meio para atingir objetivos sociais; d) assunção de uma postura científica direcionada à observação dos fatos sociais; e) concepção de que o conjunto de regras jurídicas deixa de ser o principal objeto de análise da Ciência do Direito; f) crítica aos conceitos jurídicos tradicionais e às normas entendidas em sentido tradicional, além da defesa de que as normas jurídicas não passariam de “profecias”, as quais indicariam apenas a probabilidade com a qual os tribunais decidiriam nesse ou em outro sentido¹⁷.

Cumprido salientar, contudo, que, quanto a essa última característica, surgiu uma controvérsia entre dois dos expoentes do realismo jurídico norte-americano: Jerome Frank e Karl N. Llewellyn. Para o primeiro, o juiz estaria, de forma incontável, em seu processo decisório e até mesmo na valoração dos fatos, condicionado por suas preferências pessoais, gostos e idiosincrasias. Por outro lado, para o segundo, existia a possibilidade de serem elaboradas previsões sobre o que um juiz decidiria, em razão do fato de que, geralmente, o julgador responde a estímulos do ambiente em que está inserido, tendendo a comportar-se em conformidade com os padrões estabelecidos por seus predecessores, dando origem à uniformidade das decisões¹⁸.

Para os realistas, o Direito decorreria daquilo que o intérprete diz que é e estaria muito próximo de uma técnica operacional. A teoria descritiva da decisão judicial derivada do realismo jurídico consubstancia-se nas seguintes assertivas: a) a maioria dos juízes tem uma inclinação para chegar a um determinado resultado antes da consulta a materiais jurídicos; b) ante o vasto e indeterminado universo de materiais jurídicos existente, o juiz raramente terá dificuldade em encontrar o substrato jurídico para fundamentar a sua decisão¹⁹.

A partir das contribuições advindas dos estudos de psicologia moral e das ciências cognitivas, Marcelo Brando e Noel Struchiner procuram demonstrar a verossimilhança da hipótese dividida em duas partes acima levantada pelo realismo jurídico, especialmente no que eles consideram como casos difíceis do direito moralmente carregados²⁰.

Jonathan Haidt desenvolveu o modelo sócio-intuicionista, o qual possui como pressuposto o reconhecimento de que cérebro humano se organiza em unidades funcionais

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 245.

¹⁸ *Ibidem*, p. 246.

¹⁹ BRANDO, Marcelo Santini; STRUCHINER, Noel. *Como os juízes decidem os casos difíceis?* In: *Novas Fronteiras da Teoria do Direito: da filosofia moral à psicologia experimental*. Rio: Editora PUC Rio, 2014, p. 175.

²⁰ *Ibidem*, p. 179.

relativamente independentes que trabalham paralelamente. Enquanto o sistema intuitivo é automático, operando de forma rápida e inconsciente; o sistema deliberativo é relativamente lento, controlável e consciente. Este último sistema possui como principais funções passar por cima do sistema intuitivo e viabilizar o pensamento abstrato-hipotético²¹.

Compatibilizando o realismo jurídico com o modelo sócio-intuicionista, Brando e Struchiner defendem que, ao menos nos casos difíceis do direito moralmente carregados, haveria uma inclinação para se chegar a um determinado resultado antes da consulta a qualquer material jurídico. Pela lógica sócio-intuicionista, ao se depararem com os elementos de uma demanda desse tipo, os juízes veriam surgir na consciência ou na margem da consciência, um sentimento avaliativo sobre o caso como um todo, sem passar pelas etapas de busca e balanceamento das evidências, ou pela inferência controlada de uma conclusão, exemplo do sistema intuitivo. O segundo elo do modelo sócio-intuicionista evidencia o acerto do realismo jurídico quanto à segunda parte da hipótese – a inclusão do material jurídico na sentença como tributária de uma racionalização *post hoc* de decisões tomadas com fundamento em outros elementos. Esse raciocínio moral é tomado pelo sistema deliberativo, o qual funciona como porta-voz do sistema intuitivo. Ou seja, não atuaria ele próprio como tomador de decisão, mas como advogado do sistema intuitivo ²².

1797

Em função do elevado grau de textura aberta, o princípio da dignidade da pessoa humana constitui um importante fundamento jurídico como forma de racionalização, utilizado por juízes em casos difíceis com elevada carga moral. Por isso, é relevante aduzir aqui a pesquisa empírica apresentada por Noel Struchiner e Ivar Hannikainen sobre a opinião de estudantes de graduação de Direito e profissionais de Direito quanto aos conceitos de dignidade da pessoa humana e o famoso caso do arremesso de anões²³.

Quando esse grupo foi apresentado a dois tipos de definições do princípio da dignidade da pessoa humana, um mais associado ao valor autonomia; o segundo mais associado à dignidade como limitador das decisões individuais e não só do Estado, em um cenário abstrato, a tendência foi a maioria dos entrevistados optarem pelas definições de dignidade associadas à autonomia. Por outro lado, quando apresentados ao caso do arremesso de anão, especialmente quando atribuíam um nome a ele e descreviam que esse anão de nome João Miguel teria concordado livremente em ser arremessado por duas equipes em uma competição em que a equipe que o lançasse mais longe venceria e teria uma rodada

²¹ Ibidem, p. 184-188.

²² Ibidem, p. 198-201.

²³ STRUCHINER, Noel; HANNIKAINEN, Ivar, op. cit, pp. 17-18.

grátis de cerveja, a tendência se inverteu, de modo que a maioria dos entrevistados passaram a entender que o anão teria a sua dignidade violada nesse caso concreto²⁴.

Conforme apontam Struchiner e Hannikainen, essa inconsistência interpretativa revela-se bastante curiosa, pois indica que o mesmo sujeito usa e aplica o conceito de dignidade de diferentes maneiras em função do nível de concretude e abstração dos casos que está analisando, ainda que não perceba que esteja sendo influenciado por isso. Portanto, o conceito de dignidade da pessoa humana parece governado por regras implícitas e que funcionam de maneira distinta, a depender do grau de concretude ou abstração do caso ²⁵.

Parece lícita a conclusão no sentido de que quanto maior o grau de abstração, maior a prevalência do uso do sistema deliberativo não apenas como uma racionalização *post hoc* de decisões intuitivas, mas como razão verdadeira da decisão. Por outro lado, quando a decisão envolve um caso concreto, implicando em uma carga emocional maior, a tendência seria que a tomada de decisão decorresse mais diretamente do sistema intuitivo (automático e inconsciente), funcionando o sistema deliberativo como mera racionalização justificadora.

Ampliação do espaço institucional do Poder Judiciário e o efeito *backlash*

Desde a Constituição de 1988 o Poder Judiciário ganhou um papel protagonista no cenário democrático, atuando de maneira ativa na decisão dos casos concretos, muitas vezes em um viés progressista e inovador do ordenamento jurídico com base em princípios não expressos e positivados na Constituição Federal e no arcabouço legislativo a ela subordinado.

A atuação proativa do judiciário ganha o nome de “ativismo judicial”, que, segundo o Ministro Luís Roberto Barroso pode ser classificado da seguinte maneira:

[...] é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. O oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos²⁶.

²⁴ Ibidem, p. 18-19.

²⁵ Ibidem, p. 24-25.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto (2010, p. 11) Apud SILVA José Rubens Macedo Paizan, *O ativismo judicial e as consequências do efeito backlash no direito brasileiro* disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-e-as-consequencias-do-efeito-backlash-no-direito-brasileiro>>

Neste cenário do ativismo judicial, a discussão que se põe presente é até que ponto esta atividade não estaria usurpando a função dos demais poderes, uma vez que o Judiciário estaria atuando de forma política e legiferante nas decisões, pautado em princípios pouco objetivos e carregados de uma moral previamente estabelecida, sem, contudo, ter sido eleito para tal, dividindo a opinião de juristas e colocando em lados antagônicos aqueles que adotam uma posição antipositivista e uma posição positivista da análise dos validade dos ordenamentos jurídicos.

Longe de querer solucionar e pacificar o conflito existente entre os positivistas e antipositivistas sobre a validade da aplicação dos princípios, importante trazer o foco para que, independente do viés adotado, é fato que o ativismo judicial traz respostas dos demais poderes institucionais, em especial do Poder Legislativo, que edita leis numa tentativa de esvaziar as decisões judiciais que, supostamente, teriam ido além do seu campo de atuação.

A esta reação do Poder Legislativo frente às decisões progressistas do Poder Judiciário, se dá o nome de “efeito *backlash*”, assim definido pela professora Katya Kozicki:

O termo *backlash* pode ser traduzido como reação, resposta contrária, repercussão. Dentro da teoria constitucional, vem sendo concebido como a reação contrária e contundente a decisões judiciais que buscam outorgar sentido às normas constitucionais. Seriam, então, reações que acontecem desde a sociedade e questionam a interpretação da Constituição realizada no âmbito do Poder Judiciário. No Brasil, penso ser o caso, especialmente, das reações populares às decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em sede de controle concentrado/abstrato de constitucionalidade. O engajamento popular na discussão de questões constitucionais não apenas é legítimo dentro dessa perspectiva, mas pode contribuir, também, para o próprio fortalecimento do princípio democrático²⁷.

Superada essa pequena introdução, passaremos a analisar uma decisão do STF que gerou a referida reação do legislativo, sem, contudo, adentrar no juízo de valor da qualidade da decisão analisada.

O caso “vaquejada” – o julgamento da ADI 4983 do Ceará

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983 do Ceará, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a Lei nº 15.299, de 8 de janeiro de 2013, do Estado do Ceará que regulava a vaquejada como prática desportiva e cultural.

Como fundamentação, o Supremo se baseou no artigo 225 da Carta Federal, que consagra a proteção da fauna e da flora como modo de assegurar o direito ao meio ambiente

#:-:text=Dessa%20forma%2C%20o%20referido%20efeito,vanguardista%2C%20por%20o%20sem%20a%20consolida%20o%20A7%20o%20A30>, acesso em 11/07/2020, às 18h50.

²⁷ KOZICKI, 2015, p. 194. Apud PIMENTEL, Mariana Barsaglia. *Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva*. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 214, p. 189-202, abr./jun. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189>

sadio e equilibrado, considerando que na prática denominada de ‘vaquejada’ haveria indiscutível tratamento cruel às espécies animais envolvidas, o que iria de encontro ao exposto no artigo 225, § 1º, VII, da Constituição Federal.

O conflito que se mostrou presente na decisão acima mencionada teria como foco a dissonância entre o artigo 215 da Constituição e o citado artigo 225, uma vez que os defensores da constitucionalidade da Lei questionada se pautaram na tese de que a vaquejada seria uma prática considerada esportiva e cultural no Nordeste do Brasil, fazendo com que estivessem em lados opostos os defensores das manifestações culturais expostas no artigo 215 e os protetores do meio ambiente representados pelo artigo 225.

Nota-se, portanto, que o Supremo se utilizou da técnica da ponderação para resolver o conflito apresentado, tendo entendido que a proteção ao meio ambiente deveria prevalecer.

Neste contexto, resta claro que o Ministro Relator Marco Aurélio trouxe exposição de argumentos com um viés nitidamente subjetivo, quando colaciona:

A par de questões morais relacionadas ao entretenimento às custas do sofrimento dos animais, bem mais sérias se comparadas às que envolvem experiências científicas e médicas, a crueldade intrínseca à vaquejada não permite a prevalência do valor cultural como resultado desejado pelo sistema de direitos fundamentais da Carta de 1988. O sentido da expressão “crueldade” constante da parte final do inciso VII do § 1º do artigo 225 do Diploma Maior alcança, sem sombra de dúvida, a tortura e os maus-tratos infringidos aos bovinos durante a prática impugnada, revelando-se intolerável, a mais não poder, a conduta humana autorizada pela norma estadual atacada. No âmbito de composição dos interesses fundamentais envolvidos neste processo, há de sobressair a pretensão de proteção ao meio ambiente.

CONCLUSÃO

O julgamento da ADI acima mencionada trouxe como efeito uma rápida reação legislativa, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 96 de 6 de junho de 2017, trazendo o § 7º ao artigo 225, da Constituição Federal, com o seguinte texto:

§ 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.

Uma rápida análise do §7º introduzido ao artigo 225, da Constituição Federal pela EC 96/17, faz com que seja possível ser observada de maneira muito clara e objetiva a presença do efeito *backlash*, uma vez que o Congresso Nacional tentou limitar e esvaziar a decisão do Supremo Tribunal Federal que, supostamente, teria ido além do seu campo de atuação.

Não há, no presente trabalho, uma tentativa de emitir algum juízo de valor acerca do teor da decisão e da resposta legislativa em questão, mas sim, discutir de que maneira o STF chegou à conclusão acima descrita, além de abordar as possíveis reações das demais instituições advindas da atuação do Poder Judiciário, principalmente quando é adotado por este um viés mais progressista, trazendo como consequência, inclusive, um efeito reverso do que o pretendido pela Corte, quando se observam respostas conservadoras do Legislativo.

Parece que, no caso em tela, o Ministro Relator já tinha uma inclinação em privilegiar o bem estar dos animais. Após decidir intuitivamente dessa forma, procurou os fundamentos para sua decisão, dentro do vasto repertório normativo e doutrinário à sua disposição. Assim, compatibilizando a teoria descritiva da decisão do realismo jurídico com a ponderação de Dworkin e Alexy, parece que as técnicas decisórias oferecidas por esses atuam apenas como uma racionalização *post hoc* de uma decisão tomada intuitivamente, a partir das condicionantes morais e ideológicas do Ministro Relator.

Pontua-se, por fim, que, em um Estado Democrático, o efeito *backlash* ora analisado poderia ser considerado positivo se partirmos da premissa de que não há hierarquia entre um Poder e outro, e que, portanto, não seria o Supremo Tribunal Federal detentor do poder de “dar a última palavra” na interpretação das normas constitucionais.

1801

Assim, a possibilidade de reação das demais instituições faz com que o diálogo e o jogo democrático sejam possíveis, o que enriquece, de todo modo, os debates plurais de ideologias diversas presentes na sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, tradução: Virgílio Afonso da Silva, da 5ª edição alemã: São Paulo, Malheiros Editores, 2008

BARROSO, Luís Roberto, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 3ª edição: São Paulo, Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto (2010, p. 11) Apud SILVA José Rubens Macedo Paizan, *O ativismo judicial e as consequências do efeito backlash no direito brasileiro*, disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-e-as-consequencias-do-efeito-backlash-no-direito-brasileiro-#:~:text=Dessa%20forma%2C%20o%20referido%20efeito,vanguardista%2C%20por%20A9m%2C%20sem%20a%20consolida%20A7%20A30>>, acesso em 11/07/2020, às 18h50.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *O jovem direito civil-constitucional*. Editorial. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-jovendireito-civil-constitucional/>>. Acesso em 02/07/2020, às 20h40

BRANDO, Marcelo Santini; STRUCHINER, Noel. *Como os juízes decidem os casos difíceis?* In: *Novas Fronteiras da Teoria do Direito: da filosofia moral à psicologia experimental*. Rio: Editora PUC Rio, 2014

CHUEIRI, Vera Karam de; MACEDO, José Arthur Castillo de. *Teorias Constitucionais Progressistas, backlash e Vaquejada*. Sequência (Florianópolis), Florianópolis, n. 80, p. 123-150, Dec. 2018. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552018000300123&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 01/07/2020 às 15h10.

DWORKIN, Ronald, *Levando os Direitos a Serio*; tradução e notas Nelson Boeira, 1ª edição: São Paulo, Martins Fontes, 2002

KOZICKI, 2015, p. 194. Apud PIMENTEL, Mariana Barsaglia. *backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva*. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 214, p. 189-202, abr./jun. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189>

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte: Letramento, 201.

STRUCHINER, Noel; HANNIKAINEN, Ivar. *A insustentável leveza do ser: sobre arremesso de anões e o significado do conceito de dignidade da pessoa humana a partir de uma perspectiva experimental*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-insustentavel-leveza-do-ser/>>. Data de acesso: 29/06/2020, às 10h43.