

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS  
Programa de Pós-Graduação em Direito

Nathália Sena Horta Pereira

**EFEITO *BACKLASH*:**  
**uma análise do instituto e seus efeitos.**

Belo Horizonte  
2021

Nathália Sena Horta Pereira

**EFEITO *BACKLASH*:  
uma análise do instituto e seus efeitos.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, linha de pesquisa “Constitucionalismo Democrático”, na área de estudo “Democracia, Constituição e Internacionalização”.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Campos Galuppo.

Belo Horizonte  
2021

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

P436e Pereira, Nathália Sena Horta  
Efeito *backlash*: uma análise do instituto e seus efeitos / Nathália Sena Horta Pereira. Belo Horizonte, 2021.  
75 f.

Orientador: Marcelo Campos Galuppo  
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.  
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Brasil. [Constituição (1988)]. 2. Direito constitucional - Brasil. 3. Jurisdição constitucional. 4. Controle de constitucionalidade. 5. Democracia. 6. Estado democrático de direito. 7. Decisão judicial. 8. Legitimidade (Direito). I. Galuppo, Marcelo Campos. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 342.1

Nathália Sena Horta Pereira

**EFEITO *BACKLASH*:**  
**uma análise do instituto e seus efeitos.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, linha de pesquisa “Constitucionalismo Democrático”, na área de estudo “Democracia, Constituição e Internacionalização”.

---

Professor Dr. Marcelo Campos Galuppo (Orientador) - PUC Minas

---

Professor Dr. Marciano Seabra de Godoy (Banca examinadora) - PUC Minas

---

Professor Dr. Vitor Amaral Medrado (Banca examinadora) - UEMG

Belo Horizonte, 13 de maio de 2021.

*A minha família por todo o amor, apoio e incentivo, em especial aos meus pais, meu porto seguro.*

## AGRADECIMENTOS

Alexander Supertramp estava certo “a felicidade só é real quando compartilhada”, e assim também o é com a gratidão e celebração pelas conquistas.

A quantidade de pessoas que conferiram sentido a esses últimos dois anos e contribuíram, de forma ou de outra, na elaboração dessa dissertação é ofuscada pelo meu nome solitário na capa.

Agradeço ao meu Deus, por me dar luz e força na confecção desse trabalho.

Agradeço à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) pela bolsa que permitiu dois anos de formação acadêmica diferenciada e de qualidade.

Agradeço ao professor Marcelo Campos Galuppo, meu orientador, que me ofereceu oportunidade para desenvolver esta pesquisa com liberdade criativa equilibrada com aconselhamentos precisos e convivência produtiva. Exemplo de Docente e Profissional a ser seguido, que por sua cuidadosa e constante orientação tornou possível este trabalho.

Agradeço aos meus pais Paula e Jadir e meus irmãos que, com amor e carinho, sempre me apoiaram em todos os desafios que enfrentei.

Agradeço minha madrinha, Tháís, e meus primos, Andreia e Guilherme, pelo amor e exemplo na dedicação acadêmica.

Ao Renato pelo companherismo e amor e que, com doçura, esteve comigo durante todo este período.

Aos amigos da Muzzi e Advogados Associados.

Agradeço aos integrantes, funcionários, e todo Corpo Docente do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas que, especialmente no período da pandemia, mantiveram sua excelência.

Aos meus queridos colegas de mestrado, com os quais compartilhei dúvidas e agonias.

Aos alunos de Graduação com os quais tive contato em sala de aula.

Aos membros da banca de qualificação e da banca examinadora, pelo aceite na participação, pela leitura atenta e crítica.

A todos vocês, meu muito obrigada.

## RESUMO

A ampliação do espaço institucional do Poder Judiciário, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, desencadeou um engajamento da população quanto ao que vem sendo decidido nas instâncias jurisdicionais. A jurisdição constitucional e o protagonismo do judiciário são, por conseguinte, “fórmulas explosivas de litigância constitucional”, terrenos férteis para a possibilidade de reações sociais hostis às decisões que interpretam o texto constitucional, às quais a teoria constitucional deu o nome de *backlash*, objeto do presente estudo. Sob o argumento de que essas reações geram efeitos regressivos quanto aos direitos que se pretende adquirir pela via judicial, parte da doutrina defende uma atuação judicial minimalista. Se opondo a uma posição de defesa de retenção judicial extrema, por meio da pesquisa teórica, com ênfase na análise de conteúdo, principalmente de Samuel Sales Fonteles (2019) e a crença jurídica (CRUZ, WYKOTA, 2018) do Constitucionalismo Democrático, expõe-se a fundo o *backlash*, para defendê-lo, ao final, como relevante forma de engajamento informal da sociedade, por contribuir de forma salutar para realçar a legitimidade da Constituição, expressando o dissenso em um contexto marcado pelo pluralismo.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Desacordo moral. *Backlash*. Constitucionalismo Democrático.

## **ABSTRACT**

The expansion of the institutional space of the Judiciary Power, after the promulgation of the Federal Constitution of 1988, triggered an engagement of the population as to what has been decided in the jurisdictions. Constitutional jurisdiction and the role of the judiciary are, therefore, “explosive formulas of constitutional litigation”, fertile ground for the possibility of hostile social reactions to decisions that interpret the constitutional text, to which a constitutional theory has called the reaction, object of the present study. Under the argument that these reactions generate regressive effects regarding the rights that are intended to be used in court, part of the doctrine defends a minimalist judicial performance. Opposing a position of defense of extreme judicial retention, through theoretical research, with emphasis on content analysis, mainly by Samuel Sales Fonteles (2019) and the legal preset (CRUZ, WYKOTA, 2018) of Democratic Constitutionalism, exposes itself if the backlash is in depth, to defend it, in the end, as a relevant form of informal engagement by society, for contributing in a healthy way to enhance the legitimacy of the Constitution, expressing dissent in a context marked by pluralism.

Keywords: Constitutional jurisdiction. Moral disagreement. Backlash. Democratic Constitutionalism.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ADIN - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ADC - Ação Declaratória de Constitucionalidade

Art. - Artigo

CRFB/1988 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

DR. - Doutor

EC - Emenda Constitucional

Ed. - Edição

EUA - Estados Unidos da América

MG - Minas Gerais

N. - número

Prof. - Professor

RE - Recurso Extraordinário

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

V. - Volume.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
1.1 Demonstração das concepções introdutórias sobre o tema.....	11
1.2 Apresentação do tema-problema, objetivo geral e justificativa para o desenvolvimento da pesquisa.....	12
1.3 Apresentação dos objetivos específicos e procedimentos metodológicos da pesquisa .....	14
<b>2 A ASCENSÃO INSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO</b> .....	<b>18</b>
2.1 A Jurisdição Constitucional: o cenário contemporâneo e a proeminência da atuação judicial.....	19
2.2 A Judicialização brasileira e “fórmulas explosivas de litigância constitucional” .....	20
2.2.1 Redemocratização do país e constitucionalização abrangente.....	22
2.2.2 Breves considerações sobre o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.....	26
<b>3 O FENÔMENO DENOMINADO COMO EFEITO <i>BACKLASH</i></b> .....	<b>29</b>
3.1 Ponto de partida: “desacordos morais” .....	30
3.2 Efeito <i>Backlash</i> : a construção de sua concepção .....	37
3.3 Contra o quê se dão as reações.....	43
3.4 Formas de exteriorização casos representativos .....	47
<b>4 CRENÇA POLÍTICA, MODO DE DECISÃO E PADRÃO DE REAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES</b> .....	<b>55</b>
4.1 O conceito de crença para Álvaro Ricardo de Souza Cruz e Leonardo Martins Wykrota e seu viés político-operacional .....	58
4.2 O Minimalismo Constitucional .....	59
4.3 O Constitucionalismo Popular .....	62
4.4 O Constitucionalismo Democrático de Robert Post e Reva Siegel.....	63
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	<b>67</b>

<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>70</b>
--------------------------	-----------

## 1 INTRODUÇÃO

Na presente pesquisa pretendo analisar as implicações e as consequências do chamado efeito *backlash* nas relações entre o direito e a política, no contexto atual de ascensão institucional do Poder Judiciário, em que se destaca a crescente judicialização de questões sociais, morais e políticas, bem como um certo grau de ativismo judicial (BARROSO, 2009). Para tanto, algumas considerações introdutórias teóricas e esclarecimentos metodológicos serão ser feitos.

### 1.1 Demonstração das concepções introdutórias sobre o tema

Roberto Barroso (2009), em sua obra “Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática”, chama a atenção para, no final da Segunda Guerra Mundial nos países ocidentais, uma ascensão da justiça constitucional sobre a política majoritária do voto popular no Legislativo e no Executivo<sup>1</sup>.

Assunto que é escopo de muito de seus estudos, Barroso (2014) assenta a locução “jurisdição constitucional” como a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis, dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.

Vive-se, portanto, a primazia da constituição como norma suprema e, conseqüentemente, a supremacia judicial na interpretação final e vinculante das normas constitucionais (BARROSO, 2014).

O poder judiciário tem, por conseguinte, um papel de absoluta relevância, mormente no que pertinente à jurisdição constitucional nos sistemas jurídicos de estados democráticos de direito (STRECK, 2018).

Neste contexto, demandado com frequência pelas forças sociais e fortalecido em virtude da descrença da população em relação à política majoritária, o Judiciário assume papel destacado na agenda de implementação dos valores constitucionais.

---

<sup>1</sup> O jurista esclarece que, no contexto do Brasil, a redemocratização pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) foi primeira grande causa para a redemocratização (BARROSO, 2009).

Nem por essa razão, entretanto, pode-se afirmar que sempre a atuação desta instituição alcança de forma efetiva a concretização dos direitos fundamentais almejados. Com razão, diversos são os casos recentemente noticiados em que a atuação do judiciário, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais, provoca uma reação política e social que aparenta causar, em certa medida, um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão.

Em um contexto geral, a essa reação adversa<sup>2</sup> à atuação judicial – geralmente vista como uma ameaça à autoridade judicial e à solidariedade social – tem sido atribuída à alcunha de efeito *backlash* (POST; SIEGEL, 2007), que é objeto do presente estudo.

## **1.2 Apresentação do tema-problema, objetivo geral e justificativa para o desenvolvimento da pesquisa.**

A expressão de língua estrangeira *backlash*, mencionada em relevantes casos representativos de jurisdição na literatura comparada, representa fenômeno também de notória presença no Brasil, fruto da reação política ao aumento do protagonismo judicial nas últimas décadas, especialmente pelo destaque do Supremo Tribunal Federal que tem exercido competências e decidido questões de grande conotação política e social, até então estranhas ao poder Judiciário (MARMELSTEIN, 2016).

O fato é que, conforme é possível notar, a realidade política e social contemporânea pôs à prova a atuação do poder Judiciário como instrumento de efetividade constitucional, o que, como não poderia deixar de ser, provocou um profícuo debate acadêmico.

---

<sup>2</sup> Segundo Ran Hirschl, citado por George Marmelstein (2016) tal contra-ataque manifesta-se por meio de determinadas formas de retaliação, que podem ocorrer em várias "frentes", aqui reproduzidas: a revisão legislativa de decisões controversas; 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"; tentativas de se "preencher o tribunal" por parte dos detentores do poder político; aplicação de sanções disciplinares, impeachment ou remoção de juízes "inadequados" ou "hiperativos"; introdução de restrições à jurisdição dos tribunais, ou a "poda" dos poderes de controle de constitucionalidade.

Cass Sunstein, da Harvard Law School, atribuído pela doutrina ao minimalismo judicial moderno, em “*A Constitution of many minds*” (2009) apresenta o *backlash* como uma intensa e sustentada desaprovação pública ao poder judiciário, acompanhado por medidas agressivas de resistência, o que deve ser evitado a qualquer custo.

Michael Klarman<sup>3</sup>(1994) alerta para os pontos negativos das consequências deste fenômeno, apontando o risco que a jurisdição constitucional pode representar para a implementação dos direitos fundamentais, diante do potencial retrocesso causado pela reação às suas decisões mais vanguardistas.

Autores como Post e Siegel (2007), tidos como constitucionalistas democráticos, defendem o *backlash* como um fator positivo para o desenvolvimento do direito constitucional de uma sociedade plural, expressando o desejo de um povo livre de influenciar o conteúdo de sua Constituição, além de favorecer a jurisdição constitucional, o estabelecimento de uma sociedade igualitária e revigorar a legitimidade democrática da interpretação constitucional.

No Brasil, juristas como Luiz Fux (2018) e Luís Roberto Barroso (2018) já se posicionaram acerca do tema, expressando pontos positivos, segundo o marco teórico do constitucionalismo democrático.

Diante de todo o quadro ora exposto, o problema que se coloca, é então, aferir se referidas reações adversas podem ser apontadas como absolutamente regressivas e prejudiciais aos futuros beneficiados, e se, por essa razão, justificam a defesa de uma postura minimalista judicial e um abandono da arena judicial como espaço de luta para a implementação de direitos e do debate democrático.

Isto não importa que seja visada uma conclusão de uma necessária vinculação entre o fenômeno da jurisdição constitucional e uma demanda social efetiva por parte da coletividade, bem como não significa que se esteja em busca de uma conclusão específica que não leve em conta os interesses da população manifestados por meio de reações.

Por esta razão, tem-se como objetivo geral aferir a possibilidade de defesa do exercício da jurisdição constitucional no contexto democrático, mesmo que existam riscos de reações adversas, e, ainda assim, garantir a participação da

---

<sup>3</sup> Historiador responsável, segundo Post e Siegel (2007) pelo ressurgimento da tese do *backlash*, e defende a ideia de que a configuração desta reação contrária importaria em um indício de que as Cortes fracassaram na execução apropriada de sua tarefa constitucional.

sociedade civil nos processos deliberativo-democráticos e nas ações preventivas e sucessivas dos instrumentos da jurisdição constitucional brasileira.

Melhor dizendo, permitir o exercício da jurisdição constitucional em equilíbrio com as questões políticas, sociais e econômicas que os orientam, garantindo que as decisões que lidem com controvérsias que têm por base um conflito entre direitos moralmente justificados sejam realizadas de forma democrática.

Portanto, a pesquisa proposta se justifica primordialmente em virtude do já demonstrado crescimento deste fenômeno conhecido como efeito *backlash*, bastante evidente no contexto da judicialização, este que é fruto da conjugação de circunstâncias diversas que serão neste trabalho abordadas.

Justifica-se notadamente no contexto brasileiro, em que o fenômeno assumiu proporção ainda maior, em razão de singularidades a serem abordadas, inclusive pela apregoada postura autointeressada de muitos parlamentares e pelo receio do impacto negativo nas urnas, que acabam fazendo que temas de extrema relevância para o país sejam hoje objeto de discussão e decisão travadas na seara do Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2010).

Também se justifica pela busca de compreensão do povo como categoria política em permanente construção, e não como somatório de interesses individuais e coletivos, tampouco a soma de partes autônomas que compõem um todo (FRIEDMAN, 2009, *Apud* GODOY, 2017).

Por fim, justifica-se pela necessidade de a teoria constitucional buscar a coesão entre constitucionalismo e democracia, sendo certo que só haverá democracia ao se assumir um compromisso com a participação e intervenção dos cidadãos na resolução de assuntos públicos e só haverá constitucionalismo se todos entrarem em acordo sobre o que são e quais são os direitos que orientarão sua comunidade (GODOY, 2017).

### **1.3 Apresentação dos objetivos específicos e procedimentos metodológicos da pesquisa.**

Constitui objetivo inicial do trabalho analisar a ascensão institucional do judiciário e o papel da jurisdição constitucional em uma democracia.

Também o é demonstrar, de forma criteriosa, a existência do efeito *backlash*, enquanto fenômeno contemporâneo que se observa, inclusive, no Brasil.

Da mesma forma, compreender a dinâmica desse fenômeno e perceber os seus impactos na jurisdição constitucional, na política e na sociedade como um todo.

Outroassim, avaliar, a partir dos marcos teóricos propostos, se pode ser afirmado que o *backlash* faz parte do debate democrático em matéria constitucional, notadamente em decisões judiciais e políticas que tratem de controvérsias morais.

Por fim, avaliar, a partir dos marcos teóricos propostos, como conferir maior legitimidade democrática às decisões que lidem com controvérsias que têm por base um conflito entre “desacordos morais”.

Diante dos objetivos propostos, considerando que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), mesmo determinando competir ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (art. 102, caput da CRFB/1988), não pressupõe a atuação isolada desta instituição, estabelecendo que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988).

Considerando, ainda, que todo o poder emana do povo, o que é um dos mais relevantes alicerces da democracia, conforme proposto pelo art. 1º, parágrafo único da Constituição (BRASIL, 1988);

Considerando também que a Constituição constitui o compromisso fundamental de uma comunidade de pessoas que se reconhecem reciprocamente como livres e iguais, então pode-se afirmar que o significado e conteúdo das normas constitucionais também só têm sentido quando o povo participa da decisão (GODOY, 2017).

Outroassim, considerando o aparente risco de que em um contexto de absoluta supremacia do efeito *backlash*, em linhas gerais, sejam gerados efeitos considerados como regressivos acerca de questões morais sensíveis, a hipótese ora proposta sustenta a defesa da possibilidade de uma dimensão construtiva, que realce os benefícios do *backlash*, o qual se defende que expressa o desejo dos cidadãos em influir no conteúdo constitucional, apesar de serem reconhecidos eventuais custos provenientes de seus efeitos.

Diante da mencionada hipótese, adota-se, então, como variável independente da pesquisa a existência do efeito *backlash* em si e, na qualidade de variável dependente da pesquisa, a justificativa teórica a ser encontrada.

São adotados como indicadores da variável independente da pesquisa a identificação de formas de exteriorização do *backlash* em casos representativos de

desacordos morais, tais como: críticas públicas ou publicadas; manifestações sociais; eleições atípicas: o uso da decisão como argumento de retórica para capitalizar votos; reações legislativas; Indicações estrategicamente ideológicas para o Tribunal; Impeachment; atos de desobediência civil; Insubordinação de agentes; Ataques institucionais: atos arbitrários de *court packing*, cortes no orçamento etc.; Reações armadas (“direito” de resistência).

São, ainda, adotados como indicadores da variável dependente pesquisas empíricas realizadas por outros campos das ciências humanas e sociais aplicadas.

A pesquisa proposta encontra-se alinhada à vertente metodológica jurídico-teórica ou jurídico-dogmática, a partir da qual vincula-se aos seguintes tipos genéricos de investigação: jurídico-compreensivo, tendo em vista que se propõe a uma investigação que discute o *backlash* dentro da atuação da jurisdição constitucional; e jurídico-comparativo, tendo em vista que, para permitir a investigação sobre uma crença jurídica que justifique o *backlash*, lançará mão de casos práticos a serem abordados de forma comparativa.

Tendo em vista que a pesquisa proposta se alinha a uma vertente jurídico-teórica, a principal técnica de pesquisa ou estratégia metodológica adotada será a pesquisa teórica, com ênfase na análise de conteúdo (a revisão bibliográfica, estudo de casos e análise da legislação), a fim de verificar o fenômeno da jurisdição constitucional dentro de um estado que adote um regime democrático e quais os principais riscos e benefícios do *backlash* como sua consequência.

Para tanto, inicia-se com o primeiro capítulo, que busca rememorar alguns dos fatores que contribuíram para a ascensão institucional do Judiciário, para a partir de então entender a jurisdição constitucional e a judicialização, principalmente no contexto brasileiro, pelos órgãos de cúpula (STF e STJ), no período democrático do pós CRFB/1988 e o rearranjo institucional produzido a partir de então. Depois de analisada a jurisdição constitucional e uma tendência ativista do poder judiciário brasileiro, será analisado o fenômeno do *backlash*, denominação geral dada para as reações políticas à atuação judicial.

A discussão que permeia o segundo capítulo pretende pela construção e aproximação de um conceito de *backlash*, partindo da compreensão de “desacordos morais” como potenciais desencadeadores de reações políticas.

Como ressalta o professor Marcelo Galuppo, “toda definição é uma limitação arbitrária de algo” (GALUPPO, 2009, p. 263). Por essa razão, não será apresentada

uma concepção fechada, mas sim será evidenciado o caráter dinâmico e histórico do *backlash*, que faz com que ela seja não só um atributo continuamente refigurado, mas que pode se dar contra diversos atos e instituições, de acordo com as formas de exteriorização, conforme índice de impacto brilhantemente criado por Samuel Sales Fonteles (2019) na obra “Direito e *backlash*”.

Para demonstrar como o *backlash* ocorre, são apresentados ao final do segundo capítulo casos representativos de posturas judiciais no direito comprado, bem como na jurisprudência recente brasileira. Depois de constatada a tendência de reações políticas contra os órgãos de cúpula do poder judiciário brasileiro, serão analisadas as discussões doutrinárias deste fenômeno.

O terceiro e último capítulo pretende apresentar algumas questões avançadas pela doutrina a respeito do *backlash* e atuação do judiciário nesse contexto. Para tanto, partiu-se do conceito de crença<sup>4</sup> instituído por Álvaro Ricardo de Souza Cruz e Leonardo Martins Wykrota na obra “O pensamento jurídico e suas crenças” (2018).

Nessa parte, o trabalho terá foco na crença político-operacional, apresentada pelos juristas como o que traz a compreensão do direito como um campo fundado pela crescente especialização da atividade jurídica em diálogo com outras ciências.

Assim, a análise evidenciará as características recorrentes apresentadas por importantes marcações teóricas, sobretudo autores apontados pela crença político-operacional como do minimalismo judicial, do constitucionalismo popular e do constitucionalismo democrático.

Essa contextualização nos permitirá constatar os problemas teóricos e dogmáticos advindos do debate a respeito da atuação da jurisdição frente ao contexto do *backlash*, a fim de justificá-lo.

Embasado nos marcos teóricos propostos e nas constatações feitas, chega-se a uma justificação política e jurídica, que defende a coexistência do *backlash* e

---

<sup>4</sup> Em síntese, para os autores, na falta de um “fundamento último”, a adoção do conceito de crença permite que se escape de uma semântica cientificista, na qual estão inseridas as noções de “paradigma”, “modelo”, “geração”, ou “dimensão”. Para tanto, procuram evidenciar exatamente as crenças centras que subjazem determinadas convicções sobre o Direito e seu fundamento. (CRUZ, WYKROTA, 2018).

uma jurisdição constitucional de forma democrática, não mediante atuação das instituições com funções estáticas, mas cambiantes, de forma a impedir o abuso de poder por qualquer uma das instituições e garantir a participação do povo nas deliberações de forma democrática.

Por fim, como uma última observação de cunho metodológico, considerando que o esgotamento do estado da arte sobre qualquer tema, especialmente dentro do Direito, atualmente é uma impossibilidade, esclareço que não pretendo com essa afirmação esquivar-me de um debate aprofundado a respeito do tema proposto, mas, desde já, me escuso de algumas omissões necessárias ao fechamento de uma obra que pretende discutir, sob um olhar próprio, um tema cujo debate é amplo.

## **2 A ASCENSÃO INSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO**

Fenômeno identificado nas nações europeias no pós 2º Grande Guerra e nos países da América latina após queda dos regimes autoritários, ao se falar em jurisdição constitucional remete-se a ideia de Estado Constitucional, ou então, Estado de Direito, detentor de uma Constituição tida como centralidade da lei.

A independência e autonomia jurisdicional, nesse contexto, aliadas a uma conjugação de circunstâncias, trazem o fenômeno da judicialização, no qual questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral – que tradicionalmente eram discutidas pelas instâncias políticas convencionais, Congresso Nacional e Executivo – estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário (BARROSO, 2014).

Neste contexto de expansão do direito, o judiciário foi institucionalmente munido de meios e modos para o exercício cada vez maior de atribuições também políticas. Demandado com frequência pelas forças sociais e fortalecido em virtude da descrença da população em relação à política majoritária, o Judiciário assume papel destacado na agenda de implementação dos valores constitucionais.

Para adentrar aos objetivos do presente estudo, que analisa as reações políticas e se estas podem causar um retrocesso democrático, cabe entender esse contexto da jurisdição constitucional, da judicialização e do ativismo judicial,

especialmente por parte do judiciário brasileiro na nova cena democrática que se inaugurou no pós 1988.

## 2.1 A Jurisdição Constitucional: o cenário contemporâneo e a proeminência da atuação judicial

A centralidade da Corte - e, de certa forma, do Judiciário como um todo - na tomada de decisões sobre algumas das grandes questões nacionais não é um fenômeno de peculiaridade brasileira.

Em diferentes épocas e partes do mundo, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade (BARROSO, 2012).

Desde o final da Segunda Guerra Mundial na Europa e a após queda dos regimes autoritários na América Latina, verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular (BARROSO, 2009).

Neste sentido, Lenio Streck (2008):

(...) é preciso compreender que o direito-neste momento histórico não é mais ordenador, como na fase liberal; tampouco é (apenas) promovedor, como era na fase conhecida por “direito do Estado Social” (que nem sequer ocorreu na América Latina); na verdade, o direito, na era do Estado Democrático de Direito, é um plus normativo/qualitativo em relação às fases anteriores, porque agora é um auxiliar no processo de transformação da realidade. E é exatamente por isso que **aumenta sensivelmente e essa questão permeou, de diversos modos, as realidades jurídico-políticas** dos mais diversos países europeus e latino americanos o polo da tensão em direção da grande invenção contramajoritária: **a jurisdição constitucional, que, no Estado Democrático, vai se transformar no garantidor dos direitos fundamentais-sociais e da própria democracia.** (DIMOULIS, DUARTE, STRECK, 2008, p. 289, grifos nossos).

Para ilustrar o mencionado fenômeno da judicialização, Barroso (2009) apresenta exemplos que ilustram a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo:

No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de *Bush v. Gore*. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por impeachment (Ran Hirschl, *The judicialization of politics*. In: Whittington, Kelemen e Caldeira (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, 2008, p. 124-5.) (BARROSO, 2009).

Nesse contexto da jurisdição constitucional, por causas múltiplas, algumas de tendência mundial, outras diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro, identifica-se o fenômeno da judicialização, em que questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas pelo Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais (BARROSO, 2009).

Ainda que existam manifestações da judicialização oriundas de diversas formas e cortes mundiais, para Barroso (2009), o caso brasileiro é diferenciado, considerando a extensão, o volume e circunstâncias diversas, nos termos a seguir expostos.

## **2.2 A Judicialização brasileira e “fórmulas explosivas de litigância constitucional”**

Para Barroso (2009), a primeira grande causa da judicialização no contexto brasileiro foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988, que fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira (BARROSO, 2009).

Isso porque o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que

passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. (BARROSSO, 2009).

Nesse contexto, De Oliveira (2011), ao citar Viana (1997) e Cittadino (2004), demonstra que ampliação da ação judicial no Brasil está diretamente ligada à institucionalização da democracia:

As variáveis que desencadearam a ampliação da ação judicial são, em grande medida, compartilhadas pelos países que desenvolveram o processo de judicialização<sup>37</sup> (VIANNA *et. al.*, 1997). É nesse sentido que a ampliação da ação judicial no Brasil está diretamente ligada a institucionalização da democracia, a afirmação do princípio da separação dos poderes com o conseqüente reforço das instituições de garantia do estado de direito, dentre elas a magistratura e o Ministério Público, a consolidação de uma ordem constitucional democrática, responsável pela normatização de direitos, especialmente os de natureza coletiva e difusa (CITTADINO, 2004, p. 106), e, por último, pela fragilidade dos partidos ou das coalizões governamentais, ou inefetividade das instituições majoritárias, em corresponderem às expectativas sociais, levando os diferentes grupos a buscarem a efetividade de seus interesses nos tribunais (CARVALHO, 2004). (DE OLIVEIRA, 2011, p. 81)

A segunda causa apontada por Barroso (2009) seria a constitucionalização abrangente<sup>5</sup>, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial.

A terceira e última causa da judicialização apontada por Barroso (2009), a que mais interessa no estudo do *backlash*, o que será mais adiante explorado, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, o qual afirma ser um dos mais abrangentes do mundo<sup>6</sup>. Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano (controle incidental e difuso) e o europeu (controle por ação direta).

---

<sup>5</sup> Essa foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1988 (Barroso, 2009).

<sup>6</sup> Oscar Vilhena Vieira, 2008, *apud* BARROSSO, 2009.

Cabe asseverar outra causa da judicialização, agora apresentada por Jürgen Habermas (2001), consistente na circunstância fática da inoperância do Legislativo, que pode ser promovida até mesmo por uma inércia intencional<sup>7</sup>.

O Prof. José Adércio Leite Sampaio também explica a teoria do vácuo do poder como forma de legitimar o ativismo judicial:

O ativismo judicial se impõe assim como uma compensação a essa falta de racionalidade da práxis política, como uma forma de atenuar o hiato existente entre o ideal político e a realidade constitucional, ou para preencher o “vácuo [deixado] pela renúncia do legislador [...] do seu papel político próprio”. A Corte Constitucional é vista, sob esse ângulo, como “representante do povo ausente” ou como reserva do autogoverno, conferindo legitimidade ao sistema constitucional como um todo e à própria atividade governamental em particular. (SAMPAIO, 2002, p. 65).

Passaremos, a seguir, a breve análise das grandes causas aqui apontadas como da judicialização no contexto brasileiro.

### *2.2.1 Redemocratização do país e constitucionalização abrangente*

A promulgação da Constituição da República Brasileira de 1988 (BRASIL, 2010), simbolicamente batizada de “Constituição Cidadã”, traduziu uma espécie de novo pacto institucional para a democracia recém alcançada, após duas décadas de autoritarismo fruto de uma sombria ditadura militar que assolou o país.

---

<sup>7</sup> Habermas (2001) analisa a jurisprudência americana e alemã, apresentando sua crítica, devido à lesão ocasionada à divisão funcional dos Poderes. Para Habermas, a judicialização é uma anomalia, a qual denomina como uma espécie de direito dos juízes: Aqui nos interessam as consequências que a materialização do direito traz para a divisão funcional de Poderes. Debateremos detalhadamente a crítica que atualmente é objeto o desenvolvimento do direito por parte dos juízes, desenvolvimento este que chega a converter-se em uma legislação implícita, colocando assim em risco a racionalidade da administração da justiça e sobrecarregando excessivamente a base de legitimidade própria do poder judiciário. (HABERMAS, 2001, p. 517, *apud* REISSINGER, 2016, tradução da autora). Desta forma, Habermas reconhece, conforme bem esclarecido por Reissinger (2016), por vezes, a inconteste necessidade do Judiciário de tomar decisões, em que pese todas as cautelas necessárias, numa zona que a denomina de cinzenta entre a produção legislativa propriamente dita e a aplicabilidade do direito e dos discursos jurídicos que devem se complementar de maneira clara, inequívoca, por elementos tomados dos discursos de fundamentação.

Moisés Mileib de Oliveira (2011) em sua dissertação de mestrado, na qual analisa a postura ativista do judiciário e os riscos ao Estado Democrático de Direito para a tutela da cidadania, faz relevantes considerações acerca do tema, a fim de que seja compreendida a expansão da atividade jurisdicional, o que neste trabalho é de grande pertinência.

Para tanto, realiza uma pequena incursão nos fatores preponderantes, mencionando o período que antecedeu a CRFB/1988, que envolve a ditadura militar 1964 e o governo do General Ernesto Geisel, iniciado em 1974, nos quais os direitos eram severamente suprimidos. Em seguida, expõe a criação, por Tancredo Neves, de uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, com o objetivo de elaborar um anteprojeto que deveria ser apresentado à futura Assembléia Constituinte, que, em que pese não tenha sido enviado pelo presidente da República José Sarney, não foi esquecido, tendo sido apresentado, em partes separadas, à Mesa da Constituinte como uma sugestão para a elaboração da nova Constituição (VIANNA *et. al.*, 1999, *apud* DE OLIVEIRA, 2011).

Assim, a constituição, mesmo tendo sido redigida neste ambiente ideológico de disputa, foi promulgada sobre as linhas mestras do anteprojeto, o qual acabou por fomentar um sistema garantidor de direitos por meio da jurisdição, em oposição à anterior estrutura autoritária e sem qualquer tipo de independência, ponto que aqui importa para o trabalho. Nesse sentido:

Nesse contexto, deve ser evidenciado que a promessa democrática da CF 1988 vai muito além das garantias atinentes aos direitos políticos ou ao regime de governo. O sistema de direitos fundamentais (núcleo do liberalismo), que se converteu no núcleo básico do ordenamento constitucional brasileiro, e passou a informar todo o ordenamento jurídico, calcado no princípio da dignidade da pessoa humana e no ideal de inclusão social, é a grande promessa do constituinte originário, que quis fundar um Estado provedor e democrático, transformador da realidade e diminuidor das desigualdades sociais.

(...)

De outro lado, a CF 1988 ampliou, consideravelmente, a presença da representação funcional, por meio da recriação do Ministério Público, concedendo-lhe autonomia e independência em relação aos demais poderes e atribuindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis<sup>52</sup>, tendo ainda “consagrado o instituto das Ações Cíveis Públicas<sup>53</sup> e o tema do acesso à Justiça<sup>54</sup>; e, sobretudo admitiu a sociedade civil organizada na comunidade dos intérpretes da Constituição<sup>55</sup>.” (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p.42, *apud* DE OLIVEIRA, 2011, P. 94).

A constituição, que como dita, é classificada como abrangente, se funda nos princípios basilares do Estado de Direito, assentado nos dogmas da soberania popular, supremacia da lei e inviolabilidade dos direitos, e na instituição de uma ordem democrática que visa a garantir aos cidadãos o exercício dos direitos fundamentais da pessoa humana, instituindo um Estado federal calcado na forma republicana de governo, com fundamentos e objetivos próprios. Inovou substancialmente em matéria de proteção aos direitos fundamentais, inserindo o princípio democrático tanto como informador e legitimador da ordem jurídica quanto fundamento necessário ao exercício da cidadania (DE OLIVEIRA, 2011).

Considerando justamente essa inovação no que toca aos direitos fundamentais, instituiu mecanismos de tutela judicial, capazes de viabilizá-los, bem como garantias institucionais, como o princípio da separação dos poderes, erigido à categoria de cláusula pétrea, com a conseqüente independência e autonomia funcional dos mesmos, consagrado no artigo 2º da CRFB/1998 (SILVA, 2005, *apud* DE OLIVEIRA, 2011).

É exatamente nesse contexto que o jurista aponta as questões relevantes para a viabilização da participação crescente do Judiciário nos processos decisórios com repercussão política e social, como: a arquitetura institucional de independência funcional, desenhada num ambiente democrático, com a criação do Ministério Público como órgão fiscalizador autônomo; a intensa política de direitos, consubstanciada por toda a declaração de direitos individuais e coletivos, sociais e políticos previstos no texto constitucional, que permitiram ao judiciário conhecer demandas até então estranhas a esse poder; mecanismos de controle da atuação do legislador, com ampliação considerável do círculo dos intérpretes do texto constitucional; ampliação o rol de legitimados a atuar perante os tribunais, com base nos preceitos constitucionais, na defesa dos mais diferentes tipos de interesses majoritários ou contramajoritários; se multiplicaram os instrumentos judiciais de acesso à justiça, de controle sobre políticas públicas e atos governamentais de defesa do patrimônio público, cultural e ambiental e

de proteção dos interesses coletivos e difusos (FERREIRA FILHO, 2009, *apud* DE OLIVEIRA, 2017)<sup>8</sup>.

Nesse sentido, a consecução dos direitos fundamentais “passou a ser cobrada pela ampla gama de intérpretes da constituição, munidos de mecanismos processuais e institucionais, para exigir do Estado prestações positivas, a fim de prover as condições constitucionalmente estabelecidas” (CITTADINO, 2003, p. 33, *apud* DE OLIVEIRA, 2011).

Por fim, com a grande judicialização tanto da política quanto das relações sociais no país, o Autor aponta o reforço do sistema de controle concentrado ou abstrato de normas (com objetos e legitimados mais amplos), o que acabou fazendo com que as grandes questões constitucionais passassem a ser resolvidas, em grande parte, mediante a utilização da ação direta (MENDES, 2006, p. 19, *apud* DE OLIVEIRA, 2011).

Concluindo suas claras colocações com base nas extensas determinações da CRFB/1998 acima mencionadas<sup>9</sup>, o Autor aponta que elas contribuem, significativamente, para o desenvolvimento da judicialização das relações sociais e políticas, que passa a ser provocado para se manifestar com autonomia e autoridade, sobre questões socialmente e politicamente relevantes para uma determinada comunidade, em uma estrutura calcada entre direitos fundamentais, separação e autonomia de poderes e facilitação do acesso à justiça, reescrevendo o papel do judiciário, colocando-o como guardião das conquistas e promessas estatuídas, o que, inevitavelmente, acarretou, com relação à sua posição e à sua identidade na organização tripartite de poderes, uma profunda modificação (SADEK, 2004, *apud* DE OLIVEIRA, 2011).

---

<sup>8</sup> Dentre os mais relevantes instrumentos judiciais de atuação e defesa, instituídos pela CF 1988, pode-se destacar: a ação popular, a ação civil pública, a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, o mandado de injunção, a ação de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

<sup>9</sup> Em síntese, o ordenamento constitucional brasileiro equaciona, ao mesmo tempo, portanto: um amplo conjunto de anseios sociais e políticos, consagrados pelos direitos fundamentais; a proteção inarredável dos princípios e das instituições democráticas, por meio da repartição e autonomia dos poderes; a proteção, garantia e efetivação dos direitos fundamentais, por meio da ampliação dos instrumentos processuais e dos legitimados a deles se utilizarem para a consecução de seus interesses; uma estrutura de controle de constitucionalidade misto, que acabou outorgando aos órgãos de cúpula da justiça a tarefa de defenderem os ideais constitucionalmente estabelecidos (DE OLIVEIRA, 2017).

### 2.2.2 Breves considerações sobre o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade

Desde o início da República e por um período considerável do constitucionalismo, adotava-se no Brasil apenas a fórmula americana de controle incidental e difuso, entendido como aquele que enseja o exercício da jurisdição por qualquer membro do Poder Judiciário, caso verificada a inconstitucionalidade (BARROSSO, 2008).

Samuel Sales Fonteles (2019), tomando como ponto de partida esse marco, faz um interessante apanhado de reformas legislativas e constitucionais, em sua maioria ligadas ao controle de constitucionalidade, que fomentam as “fórmulas explosivas de litigância constitucional<sup>10</sup>”, que interessam profundamente para o estudo do *backlash*.

Assim, a partir de um panorama dos novos desenhos institucionais, é possível perceber a formação, ao longo dos anos, de um contexto mais propício para a ocorrência de reações hostis.

Inicialmente, Fonteles (2019) destaca que somente com a promulgação da EC n.º 16/65, em 26 de novembro de 1965, implementa-se a arguição de inconstitucionalidade via ação direta.

Nesse contexto, com a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988, o que se sabe ser um dos fatores potencializadores da judicialização (BARROSO, 2009), o rol de legitimados para a sindicância de constitucionalidade foi ampliado.

Com a EC n.º 03/93 se criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), que faz menção aos efeitos vinculantes das decisões do STF. Antes, o STF tinha somente decisões com efeitos *erga omnes*, razão pela qual se faz perceber que, até então, não eram potenciais desencadeadoras de reações *backlash*, mesmo porque o Supremo Tribunal também não se considerava detentor de poderes para

---

<sup>10</sup> A expressão é utilizada por Alexandre de Azevedo Campos (2014), jurista da Escola Fluminense de Direito Constitucional, na obra *Explicando o Avanço do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*, referindo-se ainda a uma suposta constitucionalização abrangente e a uma pretensa constitucionalização compromissória como traços essenciais da nova Constituição (CAMPOS, , 2014, *apud* FONTELES, 2019).

sindicar a constitucionalidade de normas pré-constitucionais em sede de controle concentrado. (FONTELES, 2019).

Com o advento da Lei n.º 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF, os efeitos vinculantes e *erga omnes* passaram a incidir nas as ações diretas de inconstitucionalidade, e, logo em seguida, a Lei n.º 9.882/99 disciplinou a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), atribuindo-lhe, da mesma maneira, efeitos vinculantes e *erga omnes*. (FONTELES, 2019)

Fonteles (2019) fornece especial atenção para a Lei n.º 9.882/99, que atribuiu poderes ao STF para apreciar, por meio da ADPF, em controle concentrado, com eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, a constitucionalidade de leis municipais, estaduais e federais, inclusive juízos sobre a recepção de normas anteriores à Constituição, sendo na visão do jurista, por excelência, a ação que mais deduz pretensões indutoras de *backlash*. Nesse sentido:

Sem dúvidas, de todas as ações judiciais processadas e julgadas no Tribunal, a ADPF é, por excelência, aquela que mais deduz pretensões indutoras de *backlash*. Na prática, a ação é utilizada como um instrumento de litígios de impacto (também chamados de litígios estratégicos), cujo escopo perseguido pelos requerentes nem sempre se limita a ganhar a demanda, mas sim a promover transformações sociais com a visibilidade alcançada por essa demanda. Não por acaso, além do aborto (ADPF 54), também foram utilizadas ADPFs para debater a união civil entre pessoas do mesmo sexo (ADPF 132), as cotas raciais em universidades (ADPF 186), a Marcha da Maconha (ADPF 187) e a crise no sistema prisional (ADPF 347). Também é sintomático que, estatisticamente, o segundo maior demandante, nas APDFs, seja o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), uma agremiação partidária que não figura entre os principais demandantes das demais classes processuais, como a ADI, ADC e ADO. (FONTELES, 2019). Em boa verdade, na ADPF, admite-se uma tutela mandamental (fazer ou não fazer, a exemplo da determinação de audiências de custódia), tutela executiva lato sensu (dar), condenatória (pagar), declaratória (v.g reconhecer o estado de coisas inconstitucional) e constitutiva. O raciocínio quinário da tutela cognitiva é perfeitamente extensível e aplicável à ADPF, logo, o que se tem é uma verdadeira ação coletiva sendo julgada no STF. (FONTELES, 2019, p. 133).

Mais um importante marco para o jurista é a promulgação da EC 45/04, que atribui *status* constitucional aos efeitos vinculantes da ADI, criou a figura das súmulas vinculantes e exigiu a repercussão geral para a interposição de recursos extraordinários, dando início a uma tendência que ficou conhecida como

“abstrativização do controle difuso”, por força da qual as decisões do controle difuso deveriam ter a mesma amplitude que aquelas do controle concentrado.

Destaca-se também a “eficácia expansiva dos precedentes” e em “função nomofilática dos Tribunais Superiores”, reforçando ainda mais essa tendência de abstrativização do controle difuso, o que também é evidente com o Código de Processo Civil de 2015<sup>11</sup>. Por fim, no final do ano de 2017, o Plenário do STF decidiu que decisões proferidas no controle difuso de constitucionalidade devem ter efeitos *erga omnes* e vinculantes, mesmo sem uma lei ou uma emenda que permitisse claramente essa conclusão<sup>12</sup>.

Considerando o escopo da presente dissertação, todo este cenário, portanto, constrói um contexto propício para a judicialização, notadamente no âmbito o STF<sup>13</sup>, e, portanto, potencial surgimento de fenômenos *backlashes*.

São alterações legislativas que, efetivamente, potencializaram a função política por parte do STF que, todavia, não é fenômeno recente, sendo já discutido em 1982 por Miguel Seabra Fagundes:

Quando se diz que o Supremo Tribunal Federal exerce função política, fala-se o que é óbvio. Porque funções políticas exercem todos os órgãos de cúpula do Poder Público [...] Com relação ao STF, o exercício de função política não se dá na rotina das suas atividades, senão quando chamado ele, na aplicação da Constituição da República, a manifestar-se sobre a validade das leis e atos executivos em face de princípios constitucionais basilares como os que dizem com a significação do regime federativo, com a independência e harmonia dos poderes do Estado, com a definição e proteção dos direitos individuais (ou, em expressão mais

---

<sup>11</sup> É o que se percebe nos incisos III, IV e V do Código de Processo Civil de 2015: “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados

<sup>12</sup> ADIs 3406/RJ e 3470/RJ, julgadas em 29.11.2017

<sup>13</sup> Apenas ano de 2008, foram decididas pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito de ações diretas – que compreendem a ação direta de inconstitucionalidade (ADIn), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) – questões como: a) o pedido de declaração de inconstitucionalidade, pelo Procurador-Geral da República, do art. 5º da Lei de Biossegurança, que permitiu e disciplinou as pesquisas com células-tronco embrionárias (ADIn 3.150); (ii) o pedido de declaração da constitucionalidade da Resolução nº 7, de 2006, do Conselho Nacional de Justiça, que vedou o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário (ADC 12); (iii) o pedido de suspensão dos dispositivos da Lei de Imprensa incompatíveis com a Constituição de 1988 (ADPF 130). No âmbito das ações individuais, a Corte se manifestou sobre temas como quebra de sigilo judicial por CPI, demarcação de terras indígenas na região conhecida como Raposa/Serra do Sol e uso de algemas, dentre milhares de outros (BARROSSO, 2009).

abrangente, dos direitos públicos subjetivos do indivíduo), com as conceituações da segurança nacional e da ordem econômica etc. Ao manifestar-se em qualquer dessas matérias, como árbitro que é da Constituição, o seu desempenho é político. Porque a Lei Maior será aquilo, no conteúdo e na extensão, que os seus arestos declararem que é. (FAGUNDES, 1982, p. 50, apud DE OLIVEIRA, p. 102)

Com a definição do caráter político da jurisdição, especialmente no que toca ao STF, fecha-se o círculo que caracteriza o processo de judicialização dos conflitos sociais e políticos, marcadamente definido pelo processo de criação de novos direitos e sujeitos de direitos que transferiram, para a ordem jurídica e para o Poder Judiciário, demandas e expectativas de redistribuição da riqueza e de reconhecimento social (SORJ, 2004, *apud* DE OLIVEIRA, 2019).

Por fim, merece destaque interessante reflexão de Fonteles (2019), com base nas evidências colhidas por Desposato, Ingram e Lannes (2015), ao comparar os efeitos *inter partes* e *erga omnes*, e, a partir dessa comparação, detectar interesses estratégicos políticos, sociais, da mídia e do próprio judiciário na tomada de decisões:

Com base nas evidências colhidas por Desposato, Ingram e Lannes (2015), quando as decisões de uma Corte são meramente *inter partes* e não vinculantes, essa fraqueza política influencia até mesmo o comportamento dos juízes, que não recebem incentivos para desenvolverem uma jurisprudência mais aprofundada e socialmente direcionada. Estrategicamente, partidos políticos têm um interesse mais modesto nas nomeações para uma Corte com poderes tão restritos, assim como a imprensa, os políticos e os cidadãos possuem poucas razões para monitorá-la<sup>315</sup>. Por outro lado, quando se tem ferramentas que amplificam as decisões, a exemplo dos efeitos *erga omnes* e vinculantes, o comportamento dos juízes também sofre influência, porque os magistrados são poderosamente incentivados a declinarem razões radicadas em suas jusfilosofias. Em vez de justificarem a decisão para um caso concreto, de maneira estreita e casuística, juízes fundamentam seus julgados com argumentos principiológicos e com uma tendência universalizante. Nesse último caso, os pesquisadores revelam que o Tribunal se torna mais propenso a clivagens ideológicas e partidárias. Infere-se que todas essas reformas legislativas e constitucionais impactaram o STF, criando um solo fértil para reações *backlashes*. (FONTELES, 2019, p. 135).

Identificada a constitucionalização que da ensejo a uma atuação mais significativa por parte do Judiciário, este passa a ser cobrado a se pronunciar sobre os assuntos da mais ampla gama de temas, o que é solo fértil para *backlashes*, fenômeno a ser abordado a seguir.

### **3 O FENÔMENO DENOMINADO COMO EFEITO *BACKLASH***

O conceito de *backlash*, bem como a compreensão de seu conteúdo, têm se mostrado como temas recorrentes na tradição do pensamento político e jurídico.

O termo, de origem estrangeira, não é um conceito estanque, mas sim, histórico, que varia no tempo e no espaço, sofrendo, com frequência, variações nos diferentes contextos em que é analisado e das diferentes formas que pode se manifestar.

Diante da riqueza polissêmica do termo e da ampla gama de possibilidades de exteriorização do fenômeno sobre o assunto, é necessário analisar os pressupostos conceituais que servirão de alicerce para os problemas que serão apresentados. Para tanto, serão trabalhadas algumas das formas pelas quais ela se manifesta e é estudada pela doutrina.

### 3.1 Ponto de partida: “desacordos morais”

Afirmam Lenio Luiz Streck e Gilberto Morbach que “*se há poucos consensos em sociedade, paradoxalmente, um deles é precisamente o fato de que discordamos entre nós mesmos*” (MORBACH; STRECK, 2019, p. 253).

“Não discordamos apenas sobre a existência de Deus e o sentido da vida”, diz Jeremy Waldron; “discordamos também sobre o que conta como termos justos de *cooperação entre pessoas que discordam* sobre a existência de Deus e o sentido da vida”. (WALDRON, 1999, p. 01, *apud* MORBACH; STRECK, 2019, p. 255).

As divergências relacionam-se também com aquilo que corresponde à melhor maneira de resolver essas divergências próprias, especialmente em sociedades formadas por cidadãos que sustentam diferentes perspectivas e concepções de justiça, de moralidade, do bom, do justo, do certo.

Percebe-se, portanto que a divergência é praticamente inerente à vida em sociedade, não só em questões jurídicas, mas também perspectivas e concepções de justiça, de moralidade, do bom, do justo, do certo.

Como fenômeno comum da sociedade, as divergências sociais mais profundas se afluam com mais frequência entre pessoas distantes, seja socialmente (diferentes nichos) ou fisicamente (continentes diferentes), em razão do relativismo cultural. É o que afirma Fonteles (2019) para contrapor ao fato de que,

atualmente, o abismo cultural divide concidadãos de um mesmo continente, país e bairro e o tempo e o espaço se tornaram quase irrelevantes para amenizar os desacordos sociais.

Seguindo essa linha, Fonteles (2019) afirma que em contextos muito específicos de multiculturalismo, pessoas de uma mesma nacionalidade se estranhariam reciprocamente suas posições filosóficas, a exemplo do contato de um brasileiro quilombola com uma brasileira cosmopolita. Contudo, na maioria dos casos, era mais comum que houvesse razoavelmente algum consenso político no seio de uma única nação, situação não tão comum na atualidade para o Autor.

Com razão, na contemporaneidade, com comunidades cada vez mais plurais e fragmentadas, os desacordos tendem a crescer na mesma medida em que se acirram (MORBACH; STRECK, 2019, p. 253).

É sob esse pano de fundo que são identificados chamados desacordos morais, divergências cuja resolução é sempre desafiadora (FONTELES, 2019), considerando a hipercomplexidade da sociedade, marcada cada dia mais por multiplicidade de situações conflituosas em virtude de diversos interesses e concepções, com base nas culturas, religiões, filosofias, orientações políticas, concepções morais, do que seja certo ou errado, justo ou injusto, etc. (FARIAS; ROSENVALD, 2016).

No contexto dos desacordos morais, Farias e Rosenvald (2016) destacam que os desafios se acentuam ainda mais em sociedades multiculturais como a brasileira, cujos padrões éticos estão em permanente rota de tensão entre as forças majoritárias e as contramajoritárias, advindas das minorias sociais organizadas.

Luís Roberto Barroso em “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da Maioria” (2015) apresenta como fundamentos dessa complexidade – cada vez mais acirrada com o passar dos anos – os fenômenos positivos e negativos que se entrelaçam na globalização:

De um lado, há a rede mundial de computadores, o aumento do comércio internacional e o maior acesso aos meios de transporte intercontinentais, potencializando as relações entre pessoas, empresas e países. De outro, mazelas como o tráfico de drogas e de armas, o terrorismo e a multiplicação de conflitos internos e regionais, consumindo vidas, sonhos e projetos de um mundo melhor. Uma era desencantada, em que a civilização do desperdício, do imediatismo e da superficialidade convive com outra, feita de bolsões de pobreza, fome e violência. Paradoxalmente, houve avanço da democracia e dos direitos humanos em muitas partes do globo, com

redução da mortalidade infantil e aumento significativo da expectativa de vida. Um mundo fragmentado e heterogêneo, com dificuldade de compartilhar valores unificadores. Os próprios organismos internacionais multilaterais, surgidos após a Segunda Guerra Mundial, já não conseguem produzir consensos relevantes e impedir conflitos que proliferam pelas causas mais diversas, do expansionismo ao sectarismo religioso. (BARROSO, 2015, p. 31, grifo nosso).

#### O jurista prossegue:

No plano doméstico, os países procuram administrar, da forma possível, a diversidade que caracteriza a sociedade contemporânea, marcada pela multiplicidade cultural, étnica e religiosa. O respeito e a valorização das diferenças encontra-se no topo da agenda dos Estados democráticos e pluralistas. Buscam-se arranjos institucionais e regimes jurídicos que permitam a convivência harmoniosa entre diferentes, fomentando a tolerância e regras que permitam que cada um viva, de maneira não excludente, as suas próprias convicções. Ainda assim, não são poucas as questões suscetíveis de gerar conflitos entre visões de mundo antagônicas. No plano internacional, elas vão de mutilações sexuais à imposição de religiões oficiais e conversões forçadas. No plano doméstico, em numerosos países, as controvérsias incluem o casamento de pessoas do mesmo sexo, a interrupção da gestação e o ensino religioso em escolas públicas. Quase tudo transmitido ao vivo, em tempo real. A vida transformada em reality show (BARROSO, 2015, p. 31, grifo nosso).

Certa da contribuição de todos os fatores mencionados por Barroso (2015) para dissensos cada vez mais intercontinentais, faço especial destaque nesse estudo para a mencionada rede mundial de computadores e, conseqüentemente, o cada vez mais crescente uso das redes sociais.

Evidentemente, há democratização do conhecimento pela rede mundial de computadores, grande ferramenta de conexão na atualidade. Isso porque os meios de comunicação se tornam centrais na luta pela redefinição de valores democráticos, sendo capazes de construir significados para o processo político global e politizar as populações (DAHLBERG; FERREIRA, 2018).

Ao mesmo tempo em que possibilita o compartilhamento de informações úteis para o desenvolvimento da sociedade, permite que todos nela inseridos possam ter meios acessíveis de propagar suas próprias ideias na.

É nesse último ponto que reside o fomento ainda maior aos dissensos: com o poder nas mãos, ou melhor, nos *mouses* e dispositivos eletrônicos, milhares de pessoas, unidas através das redes sociais, manifestam diversas ideias e interesses, que envolvem desestruturar governos, eleger de presidentes, posicionamentos políticos e morais, etc..

Portanto, extrapolando a pretensão inicial de servir como meio de comunicação interpessoal para o contato e a discussão dos mais diversificados assuntos, as redes sociais se tornaram sofisticadas fontes de informações que permitem o acompanhamento da opinião e do cotidiano de milhões de indivíduos (MIRANDA FILHO, 2014), sendo, portanto, um cenário fértil para choque de opiniões.

No Brasil, a percepção de que as redes sociais têm muita influência sobre a opinião pessoal é compartilhada, em média, por 83% dos brasileiros, variando percentual conforme a escolaridade: é de 76% entre cidadãos que têm ensino fundamental e chega a 90% entre os que tem escolaridade superior. Os dados são da pesquisa nacional Redes Sociais, Notícias Falsas e Privacidade na Internet, realizada pelo DataSenado em parceria com as ouvidorias da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, no ano de 2019.

Ilustração recente são as eleições 2018, marcadas pela intensa polarização<sup>14</sup> política no Brasil, na qual as mídias sociais são apontadas, inclusive, como grande canal para campanha política<sup>15</sup> (não se desconsiderando aqui outros fatores que levaram à polarização, merecendo destaque esse ponto para os objetivos desse estudo).

A análise da influência desse ponto como potencializador dos desacordos morais é ainda mais relevante, considerando que muitas das formas de exteriorização do *backlash* a serem abordadas nesse capítulo daí decorrem. É o caso, por exemplo, de críticas públicas ou publicadas e manifestações sociais<sup>16</sup>, bem como críticas advindas de conteúdos jornalísticos e veículos de comunicação digitais<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> No contexto dos desacordos, Fonteles (2019) esclarece que cada grupo ou cada pessoa possuirá um próprio código moral e uma concepção própria do que seja certo ou errado, justo ou injusto (polarização). A fissura cultural polariza e antagoniza pontos de vista de pessoas da mesma geração e que foram educadas no mesmo ambiente político-social.

<sup>15</sup> Nesse sentido, existem inclusive estudos que avaliam a polarização ideológica no twitter, como uma análise feita Universidade de Brasília, publicada em 2019, denominada "A Polarização Ideológica no Twitter: um estudo sobre as redes de retweets durante as eleições presidenciais de 2018", em que se busca analisar a polarização ideológica que caracterizou as redes de retweets durante as eleições presidenciais de 2018.

<sup>16</sup> O "Cyber Ativismo" é apontado como uma forma de protesto on-line, em que se usa a Internet para organizar, promover e divulgar mensagens de cunho ideológico, e tentar escapar do controle de informação, distorção ou censura eventualmente realizada pelo governo ou pela mídia.

<sup>17</sup> A mídia, inclusive, aponta que as campanhas eleitorais vêm internet como canal para campanha política (ESTADÃO, 2018).

Some-se a esses pontos o fato de que as deliberações e decisões judiciais, além de envolverem alargada controvérsia atinente a valores ou a identidade nacional - desacordos aqui apontados - são de forma singular transmitidas ao vivo, por uma televisão oficial<sup>18</sup>, fomentando as opiniões, favoráveis ou contrárias, evidenciando ainda mais a polarização no Brasil em temas sensíveis (BARROSO, 2015).

Alguns exemplos para ilustrar essa grande complexidade com conflitos de interesses, são discussões acerca da união homoafetiva, a antecipação terapêutica do parto, a pena de morte, a descriminalização da maconha, exemplos todos esses que correspondem a casos concretos ocorridos no Brasil e no exterior, e que, levados aos tribunais, muitas vezes não têm uma resposta pré-pronta e segura que pudesse ser colhida na legislação (BARROSO, 2015).

Em tese, seria possível solucionar esses conflitos de múltiplas maneiras, como por meio de plebiscito, referendo, elaboração de uma lei, ou uma Corte Constitucional (FONTELES, 2019).

Ocorre que na sociedade com grande complexidade com conflitos de interesses – como dito, *intermináveis* – em um mundo em que tudo se judicializa mais cedo ou mais tarde (BARROSO, 2015), as questões a serem discutidas acabam desaguando no Poder Judiciário, que se depara com combates para os quais não há respostas fáceis ou eticamente simples, que permeiam não só questões jurídicas, mas também religiosas, filosóficas, sexuais, políticas, dentre outras.

No Brasil, o tema dos desacordos morais razoáveis foi mencionado, por exemplo, no Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 845.779. Nesse caso, o julgamento em plenário encerrou-se depois de dois votos favoráveis ao provimento do recurso, seguido de um voto vista proferido pelo Eminentíssimo Ministro Luiz Fux, o qual teve como fundamento a afirmação que a (im)possibilidade de um transexual

---

<sup>18</sup> No caso do Supremo Tribunal Federal, em particular, a primeira característica distintiva relevante é que o tribunal delibera em sessão pública. Na maior parte dos países, sem embargo da existência de uma audiência pública, de um hearing, com a intervenção dos advogados, o processo de discussão e decisão é interno, em conferência reservada, na qual participam apenas os ministros ou juizes. A deliberação pública é uma singularidade brasileira. A transmissão ao vivo dos julgamentos, por uma televisão oficial, constitui traço distintivo ainda mais original, talvez sem outro precedente pelo mundo afora (BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Revista Jurídica da Presidência, v. 12, n. 96, p. 39, 2010).

utilizar o banheiro feminino, em um shopping center, traduziria exatamente um desacordo moral razoável:

Essa é uma questão que gravita em torno de um desacordo moral bastante razoável (...). Eu entendo, à luz da doutrina e da filosofia constitucional, que nos processos objetivos onde há desacordo moral razoável é preciso que nós tenhamos os ouvidos atentos ao que a sociedade pensa. Fui a vários artigos populares e encontrei, por exemplo, algumas indagações feitas por pessoas até bem preparadas, sob o ângulo humanista e até sob o ângulo jurídico, como esse professor de direito constitucional. Então ele pergunta assim: “sendo assim, sua filha e sua mulher serão obrigadas (...) a usar o mesmo banheiro que um homem vestido de mulher, desde que este alegue que se acha mulher também? ”. (...) “Imagina como ficaria um pai conservador que tem uma filha, sabendo que ela está na escola e qualquer pessoa que alegue que possui o gênero idêntico ao dela vai poder frequentar o mesmo banheiro que a sua filha? ”... Perguntas populares (...). Como nós sabemos, a sociedade brasileira tem uma parcela expressiva conservadora. E aí então começam aqui (nos comentários populares pesquisados pelo Ministro) outros fatos mais graves, como pessoas que se vestem de mulher para o cometimento da pedofilia, pessoas que se vestem de mulher para abuso sexual (...). Nestes momentos, a teoria constitucional recomenda que haja um certo minimalismo judicial. O professor Cass Sustein, que é um dos maiores doutrinadores norte americanos e foi assessor da Suprema Corte Americana, assenta que “as vezes, o minimalismo judicial é a resposta razoável ou mesmo inevitável para o problema prática de obter consenso dentro do pluralismo”. Diante de todas essas indagações e perplexidades, a mercê do voto magnífico do Ministro Luís Roberto Barroso, acompanhado por outro voto magnífico do Ministro Edson Fachin, eu confesso a Vossa Excelência que me sinto no dever de ofício de pedir vista, porque eu entendo que essa solução vai ter uma repercussão muito importante para a sociedade. (transcrição verbal, grifo nosso)<sup>19</sup>

Sem adentrar na discussão da aplicação correta ou não da teoria do desacordo moral razoável naquele caso concreto, o que é objeto de alguns estudos<sup>20</sup>, fato é que, no contexto desses conflitos na moderna interpretação jurídica, a norma já não corresponde apenas ao enunciado abstrato do texto, mas é produto da interação entre texto e realidade, a ponto do julgador expressar seu receio acerca da repercussão da decisão na sociedade, conforme transcrito na citação acima.

---

<sup>19</sup> Transcrição de parte do pedido de vista do Ministro Luiz Fux na sessão plenária de 19 de novembro de 2015, ao julgar o Recurso Extraordinário 845.779/SC.

<sup>20</sup> MESQUITA, Caio Cipriano. O acesso ao banheiro por transexuais como condição básica para o apoderamento do espaço público: a utilização da teoria do desacordo moral razoável no RE 845.779/SC. 2016.

Torna-se, portanto, menos definida a fronteira entre legislação e jurisdição, entre política e direito e muitas questões têm a sua decisão final transferida ao juízo valorativo do julgador<sup>21</sup>.

Barroso (2015) sustenta que os desacordos morais apresentam-se como casos *difíceis*, que podem resultar da vagueza da linguagem (dignidade humana, moralidade administrativa), de desacordos morais razoáveis (existência ou não de um direito à morte digna, sem prolongamentos artificiais) e colisões de normas constitucionais (livre iniciativa versus proteção do consumidor, liberdade de expressão versus direito de privacidade).

São casos para o jurista despidos de uma solução “pré-pronta” a ser oferecida pelo ordenamento jurídico. Segundo ele, os Tribunais desfrutam de uma liberdade metodológica mais ampla que aquela exercida nos chamados “casos fáceis”, considerando que passam a ser coparticipantes da criação do Direito, a legitimação da sua decisão passará para a argumentação jurídica, para sua capacidade de demonstrar a racionalidade, a justiça e a adequação constitucional da solução que construiu.

A literatura se dedica com excelência sobre o assunto<sup>22</sup>, notadamente acerca da compreensão de desacordos morais razoáveis, o que não será, todavia, delineado presente estudo. Será tomada a compreensão de desacordos morais como divergências cuja resolução são desafiadoras, nos termos aqui expostos, a fim de que sejam estudadas as reações (*backlash*) que são objeto do presente estudo.

O fato é que discordâncias dessa magnitude revelam o profundo estado de desacordo que tem reinado em uma sociedade heterogênea. O que mais chama atenção nos debates nos quais esses desacordos são expostos é seu caráter interminável<sup>23</sup> (MORBACH; STRECK, 2019, p. 253).

---

<sup>21</sup> “Se, nos chamados “casos difíceis”, o juiz é obrigado a fazer escolhas políticas – muitas vezes por delegação do próprio legislador –, essa criatividade é exercida nos limites da legitimidade legal-racional. O legislador pode rever a delegação ou fixar a opção política. Entretanto, até que isso aconteça, a determinação de uma linha política por parte do juiz – desde que em conformidade com os valores fundamentais positivados pelo ordenamento – não significa, necessariamente, um comportamento antidemocrático, contrário à divisão de poderes ou ofensivo ao Estado de Direito” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 48. *apud* BARROSO, 2015, p. 31).

<sup>22</sup> Como é o caso de Alasdair MacIntyre, Ronald Dworkin e Jeremy Waldron, que fazem parte da revisão bibliográfica sob o “método” fenomenológico-hermenêutico de Lenio Luiz Streck e Gilberto Morbach em (Autonomia do) Direito e desacordos morais (2019).

<sup>23</sup> A complexidade é intensificada considerando que, a depender do observador, um mesmo fato pode ser traduzido como um sensível gesto humanista ou como um crime, a exemplo da antecipação

Nesse contexto, nem sempre o posicionamento institucional do Poder Público adotado é bem recebido pelo corpo social. A depender de inúmeras causas, concausas e condições, a resposta dada pelo Estado pode inflamar reações hostis. Essa relação (nexo causal entre posicionamento jurisdicional e convulsão social) é exatamente o escopo deste trabalho, que tem como ponto central o fenômeno já introduzido do *backlash*, conforme será demonstrado adiante.

### 3.2 Efeito *Backlash*: a construção de sua concepção

“A toda ação há sempre uma reação oposta e de igual intensidade”. A famosa frase cuja autoria é atribuída a Isaac Newton – cientista inglês – conhecida como Terceira Lei do Movimento, ou ainda Lei da Ação e Reação, consiste na regra segundo a qual a ação de um corpo sobre o outro sempre será recíproca.

Alguns juristas afirmam que essa regra de interação da Natureza pode ser identificada também no âmbito do Direito, como percebeu Emídio Silva Falcão Brasileiro (2014):

O Princípio Geral da ação e reação tem sua representatividade no mundo do Direito, sempre que se depara, por exemplo, com o nexos de causalidade (ou nexos causal ou, ainda, relação de causalidade), principalmente nos direitos Penal, Civil e Administrativo (BRASILEIRO, 2014).

Apesar de concentrar a sua análise sobre a aplicabilidade da Terceira Lei de Newton à Ciência Jurídica no Direito no Direito Natural, Emídio Silva Falcão Brasileiro não descarta a possibilidade de identificar a reiteração de tal regra em outras áreas da Ciência Jurídica. Assim, há estudos que, partindo das concepções

---

terapêutica do parto, que pode ser vista por alguns como salvação da mãe, e por outros como um crime em relação ao feto. O dissenso não versa, por exemplo, sobre ser um fato considerado crime ou contravenção penal. A confusão opera-se entre extremos, único fato pode ser decodificado, simultaneamente, como revestido de humanidade e hediondez. O dissenso não é entre ser crime ou contravenção, mas sim está entre pontas extremas: um único fato pode ser visto como humanidade, ou como hediondez. Isso porque o relativismo cultural transformou uma sociedade total em uma sociedade plural, esfacelando consensos até então hegemônicos. Mais do que isso, as frações sociais disputam entre si a interpretação constitucional que deverá prevalecer, vale dizer, travam uma batalha para atribuir o significado da Constituição (FONTELES, 2019).

de Michael Klarman<sup>24</sup>, identificam a aplicação da Terceira Lei de Newton também na relação entre o exercício da jurisdição pelas Cortes Supremas, onde à ação de julgar corresponderia o *backlash* como reação<sup>25</sup>.

Para compreensão da comparação feita, ainda que metafórica, considerando o multifacetado conceito do termo *backlash*, empregado por diversos juristas, as transformações semânticas ao longo dos anos e as diferentes formas que ele pode se manifestar, passa-se à investigação no que toca à origem e a um adequado conceito.

De fato, a História revela um gatilho político invisível<sup>26</sup> – conforme será demonstrado na coleta de marcos judiciais no capítulo que se segue – em um possível e provável nexos etiológico entre posicionamentos judiciais em questões controversas e uma enfurecida revanche por parte do grupo cujos interesses foram atingidos pela decisão, sendo comum falar em efeito *backlash*.

Segundo Kleinlein e Petkova (2017, *apud* FONTELES, 2019), a gênese da narrativa do *backlash* foi feita na obra “*The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Changes?*”, em 1991, escrita por Gerald N. Rosenberg e que reavaliou o legado da Corte de Warren. A partir de então, até mesmo juristas que se consideravam “progressistas” passaram a temer o fenômeno, o que os levou a sustentarem o minimalismo judicial ou até mesmo o constitucionalismo popular.

O efeito foi percebido por Richard Posner (1998)<sup>27</sup>, que suscitou se não haveria uma relação de causa e efeito entre as decisões “garantistas” da Corte de Warren e a superveniência de uma legislação penal mais severa.

William Eskridge (2001), ancorado nas ideias de Gerald Rosenberg, afirma que, “quando Tribunais inovam por meio do reconhecimento de importantes direitos

---

<sup>24</sup> Apontado como responsável pelo ressurgimento da tese do *backlash*, defensor da concepção de que a configuração dessa reação contrária importaria em um indício de que dos juizes fracassaram na execução apropriada de sua tarefa constitucional (DE OLIVEIRA, 1999).

<sup>25</sup> Alessia Pamela Bertuleza Santos (2019) faz essa comparação, considerando que o *backlash* corresponderia à reação do Legislativo à ação de julgar das cortes. Conforme será fundamentado adiante, em que pese suas considerações, das quais compartilham outros estudiosos do assunto, possam ser corretas em partes, o *Backlash* não necessariamente se dará contra o judiciário, e nem a reação sempre a partir do legislativo.

<sup>26</sup> Expressão usada por Samuel Sales Fonteles (2019) ao se referir ao *efeito backlash*.

<sup>27</sup> Para Richard Posner (1998, p. 12, *apud* FONTELES, 2019, p.23): “A decisão do Tribunal de Warren de ampliar os direitos constitucionais dos réus criminais contribuiu para o aumento do índice de criminalidade nas décadas de 1960 e 1970 e provocou um retrocesso legislativo, aumentando a severidade das sentenças, original “Did the Warren Court's decision expanding the constitutional rights of criminal defendants contribute to the increase in the crime rate in the 1960s and 1970s and provoke a legislative *backlash*, increasing the severity of sentences?”.

constitucionais, eles não são apenas ineficazes, mas contraproducentes, porque desviam a energia dos movimentos sociais de canais mais produtivos e produzem backlash em enérgicos contra-movimentos”.

Cass Sunstein em sua obra “*Backlash's Travels*”(2007) define o referido efeito como a intensa e contínua desaprovação pública de uma decisão judicial, acompanhada de medidas agressivas para resistir a esta decisão, buscando retirar sua força jurídica.

Em termos jurídicos, para Post e Siegel (2007), *backlash* expressa o desejo de um povo livre de influenciar o conteúdo de sua Constituição, mas que também ameaça a independência da lei. Linda Greenhouse e Post Siegel, em sua obra “*Before (and after) Roe v. Wade: New questions about backlash*”(2010) apontam que a intensificação de conflitos é uma resposta normal a crescente reação pública à mudança que pode ter uma relação com o *judicial review*.

Michael Klarman, em sua obra “*Courts, Social Change, and Political Backlash*” (2011), após analisar casos julgados pela Suprema Corte norte americana define o fenômeno como a reversão jurisprudencial também conhecida como revisão legislativa ou superação jurisprudencial pela via legislativa, que consiste na aprovação de normas pelo Parlamento cujo conteúdo contraria o entendimento adotado pela Suprema Corte, no intuito de superá-lo.

Ronald Dworkin, em “Domínio da Vida. Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais” (2016, *apud* FONTELES) relata que muitos analistas associam a beligerância do tema do abortamento à maneira pela qual esse direito veio a ser proclamado: uma decisão na arena judicial (Roe v. Wade - 1973), e não no Parlamento.

No Brasil, Sergio Moro preceitua que: “A reação à Corte de Warren não tardou. Sucessivas indicações de juízes conservadores por presidentes republicanos (Nixon e Reagan) culminaram por afastar a Suprema Corte do caminho iniciado por Warren” (MORO, 2001, p. 351).

Barroso (2015), ao mencionar casos paradigmáticos dos Estados Unidos, como e *Furman versus Georgia*, *Gregg versus Georgia* e *Roe versus Wade*, relata o fenômeno como a reação da sociedade a certos avanços propostos pela suprema corte.

George Marmelstein, Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra e Juiz Federal no Ceará, define o fenômeno na obra “Efeito Backlash da Jurisdição

Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial” (2016) como mobilização organizada para alterar o entendimento adotado de uma decisão judicial que gera algum nível de insatisfação popular.

O termo de origem estrangeira pode ser traduzido para a língua portuguesa como “retrocesso”<sup>28</sup>, “reação”<sup>29</sup> ou “contra-ataque”<sup>30</sup>.

Robert Post e Reva Siegel (2007) ao fazerem um levantamento sobre a origem da palavra demonstram que, o vocábulo, segundo o Dicionário de Oxford, significava uma espécie de pane mecânica nas rodas. A expressão outrassim passou a ser utilizada para designar um incidente indesejável no molinete de uma vara de pescar. Como anotam os autores, em todos os contextos, o *backlash* traduzia “efeitos indesejáveis e contraproducentes”.

Historicamente é possível perceber variações do termo *backlash* dentro das lutas por direitos civis, como o *white backlash*<sup>31</sup> e o estudo do *backlash* como reação ao feminismo<sup>32</sup>.

Fala-se também em variações de *backlash* conservador e progressista. O primeiro, comumente oriundo de grupos tradicionais que se opõem a decisões renovadoras, como foi contra a Resolução n.º 175 do CNJ<sup>33</sup>, que determinou aos

---

<sup>28</sup> Sobre essa tradução, será demonstrado adiante que nem sempre o *backlash* representa um retrocesso. CAMBRIDGE DICTIONARY. Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/pt/translate/>>. Acesso em: 05 jul. 2020.

<sup>29</sup> GOOGLE TRADUTOR. Disponível em: <<https://translate.google.com.br/?hl=pt-BR>>. Acesso em: 05 jul. 2020.

<sup>30</sup> DEEPL. Disponível em: <<https://www.deepl.com/pt-BR/translator#en/pt/backlash>>. Acesso em: 05 jul. 2020.

<sup>31</sup> Usando uma série de dados e análises, Marisa Abrajano e Zoltan Hajnal (2015), professores da Universidade da Califórnia, em São Diego, mostram que os temores sobre a imigração influenciam fundamentalmente as identidades políticas, preferências políticas e escolhas eleitorais dos americanos brancos, e que essas preocupações estão no cerne de uma deserção em larga escala dos brancos do Partido Democrata ao Republicano. O que pretendem demonstrar os autores na obra é que essa reação política tem implicações inquietantes para o futuro das relações raciais na América.

<sup>32</sup> Já em 1991 Susan Faludi, jornalista estadunidense, era manchete por denunciar mitos populares da mídia, como a "epidemia de infertilidade" e a "escassez de homens". A cobertura que desafia as estatísticas e propositadamente fictícia, disse Faludi, contribuiu para uma reação contra a mulher. A edição do décimo quinto aniversário, com um prefácio atualizado do autor, traz a consciência do retrocesso para o século XXI. (FALUDI, Susan. *Backlash: The undeclared war against American women*. Crown, 2009).

<sup>33</sup> Muitos brasileiros foram (e continuam indo) às ruas protestar contra o movimento LGBT, o governo federal e o Poder Judiciário, em razão do tratamento juridicamente igualitário atualmente dado aos casais homossexuais. Inclusive, foi aberta no site do Senado Federal abriu enquête para saber a opinião da sociedade civil sobre a Resolução n.º 175, de 2013, do Conselho Nacional de Justiça, que reconhece a união civil de pessoas do mesmo sexo. A consulta, que corresponde ao Projeto de Decreto Legislativo n.º 106 de 2013 de autoria do senador Magno Malta (PR-ES), questionava aos brasileiros se estes eram contrários ou favoráveis à proposição sustação da habilitação, celebração

cartórios que reconhecessem o casamento entre pessoas do mesmo sexo. O segundo, comumente revolucionário, oriundo de setores que desejam reformar o *status quo* contra uma decisão que reafirme um tradicional estado de coisas<sup>34</sup>.

Kleilein e Petkova (2017) mencionam essas indicadas formas de manifestação do *backlash* (conservador e progressista). Em que pese esclarecerem que o *backlash* progressista é menos comum, afirmam que seria uma esperança para aqueles que resistem contra a Administração de Donald Trump (EUA) ou contra partidos políticos de extrema direita na Europa:

Quando o consenso nacional sobre questões raciais, de gênero, LGBT, de imigração ou regulatórias se desfazem [...] O federalismo se torna a válvula de segurança para uma reação conservadora ou progressiva (...) Frequentemente teorizado como resistência apenas a reformas progressivas, reação específica de questões agora também dá esperança aos progressistas que se opõem ao governo Trump nos EUA ou rejeitam categoricamente os partidos de direita radicais na Europa. (KLEINLEIN; PETKOVA, 2017, p. 1075, tradução nossa)

Com o passar do tempo, por volta da metade do século XX, a palavra aproximou-se do seu significado utilizado nos domínios do Direito Constitucional, sendo entendida como uma reação da opinião pública a controvérsias políticas.

Fonteles (2017), que cria em sua obra um cálculo indicador de impacto *backlash*, apresenta o conceito de Cass Sunstein como um ponto de partida para as digressões realizadas em sua obra. Partindo desses pressupostos, afirma que a definição de Sustain é insuficiente para além da ordem jurídica nacional.

---

de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento. A tramitação foi encerrada com 430.121 votos contra e 28.964 votos a favor.

<sup>34</sup> No Brasil, Katya Kozicki, citada por Fonteles (2019) sustenta que a decisão do Supremo Tribunal Federal de considerar recepcionada a Lei de Anistia foi alvo de uma reação *backlash* orquestrada por importantes setores da sociedade, que reagiram à impossibilidade de responsabilização penal dos agentes do Regime Militar (1964-1985) pela prática de tortura e de desaparecimentos forçados (ADPF 153). O *backlash* descrito por Kozicki incluiu “escrachos” no Clube Militar do Rio de Janeiro, alterações de nomes de ruas e prédios, proposições legislativas para revisar a Lei de Anistia, o ajuizamento de ações judiciais por partidos políticos e pelo Ministério Público Federal. Se adotada a premissa de que a situação narrada realmente traduziu uma reação *backlash*, nota-se que, se havia algo de conservador nesse pano de fundo, certamente foi a decisão do STF (conservou o *status quo* estatuído pela Lei de Anistia, negando-se a desconsiderá-la), não o *backlash* contra o julgado.

Isso porque conforme apresentado pelo Autor, pode-se falar em variações de *backlash* estadual, *backlash* doméstico e o *backlash* internacional. Para tanto, cita alguns exemplos da história em que Estados Nacionais se revoltam contra diretrizes ou determinações internacionais<sup>35</sup>.

Com base em precedentes de Mark Roe, Stephen Holmes e Cass Sunstein, Fonteles (2017) menciona, inclusive, o *backlash* como um direito em si mesmo, chamando atenção para seu custo orçamentário:

Para Mark Roe, curiosamente, “instituições produtivas levaram a um *backlash* político, tornando a sociedade comparativamente mais pobre”<sup>100</sup>. Portanto, a se adotar essa perspectiva da Análise Econômica do Direito, o *backlash* pode até mesmo conduzir uma nação à pobreza. A constatação é relevantíssima se considerarmos que, além de fenômeno social, **o *backlash* pode ser encarado como um direito em si mesmo**. Trata-se do direito de, em uma democracia, orquestrar um conjunto de medidas de resistência lícitas contra uma decisão. **Repita-se à exaustão: o *backlash* é o direito difuso à hostilização lícita de decisões do Poder Público**. Como direito que é, o *backlash* tem um custo. Stephen Holmes e Cass Sunstein, em célebre obra sobre o tema, averbam que “um direito legal existe, na realidade, apenas quando e se ele tem um custo financeiro”<sup>101</sup>. Restou superada, no Direito Constitucional, a vetusta ideia de que apenas os direitos sociais, econômicos e culturais (2ª dimensão) demandam a alocação de recursos. Qualquer direito tem um custo monetário, direto ou remoto, desde que se deseje implementá-lo. Avançando no raciocínio, Holmes e Sunstein lembram que “o tempo das Cortes é o dinheiro dos contribuintes”<sup>102</sup>. Ora, no que atine ao tempo, nada mais contraproducente do que uma revolta social vocacionada a remover a autoridade de uma decisão que levou meses ou anos para ser gestada e dada à luz. Por conseguinte, o *backlash* tem custos políticos, sociais e orçamentários. (grifos nossos). (FONTELES, 2019, p. 48).

Independentemente do acerto ou desacerto dessa compreensão, que parece dar ao *backlash* o mesmo tratamento que se confere às reações legislativas, o referido trabalho evidencia a difusão alcançada pela expressão.

Seja qual for a concepção adotada, evidencia-se a difusão alcançada pela expressão do *backlash*, que se consiste em uma reação que pode se dar, como visto, de forma progressista ou conservadora, a nível nacional ou internacional, dentre outras formas de manifestação. Ignorar todas essas diversas concepções e

---

<sup>35</sup> Fonteles cita, por exemplo, a alusão feita pela jurista mexicana Francisca Pou Giménez a um *backlash* estadual, referindo-se aos Estados Nacionais que se opõem às decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. (GIMÉNEZ, 2018, *Apud* Fonteles, 2019).

formas de manifestação seria assumir uma postura de indiferença à evolução e compreensão do fenômeno. A seguir, o trabalho irá expor como o *backlash* que se buscou conceituar no presente tópico se manifesta.

### 3.3 Contra o quê se dão as reações

Considerando que algumas das definições apresentadas conceituam o efeito *backlash* como reações, em regra, contra decisões judiciais e de cunho conservador, necessária se faz uma análise do que é objeto dessas reações.

Com razão, na maioria dos casos o fenômeno social em estudo nascerá contra decisões judiciais, concepção que não deve ser, todavia, limitada a essa hipótese.

Fonteles (2019), ao fazer um apanhado histórico de reações que efetivamente aconteceram, cita inúmeros casos em que o fenômeno se insurge contra instituições que não o judiciário<sup>36</sup>, como, por exemplo, decisões das Cortes de Direitos Humanos (fora do organograma do Judiciário) ou do Parlamento em hipóteses de arranjos institucionais ainda mais específicos, a exemplo do constitucionalismo da Inglaterra.

Também merece o esclarecimento de que *backlash* não será desencadeado necessariamente contra decisões de Tribunais hierarquicamente mais elevados, e mais, necessariamente contra uma decisão colegiada, podendo se dar contra decisões estaduais, municipais, e até mesmo contra decisões monocráticas<sup>3738</sup>.

---

<sup>36</sup> De maneira hipotética, considerando que, desde que se faça as vezes do Poder Público, pode se dar por diversas maneiras, sendo que qualquer decisão tem, *prima facie*, idoneidade para originar essa reação, até mesmo aquelas proferidas por sodalícios administrativos, a exemplo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) ou do Tribunal Marítimo. É possível, mas não é provável (FONTELES, 2019).

<sup>37</sup> . O exemplo perfeito de *backlash* contra a decisão de um único julgador pode ser verificado no Estado da Califórnia (EUA), onde o juiz Aaron Persky, após condenar um acusado de estupro a uma pena considerada excessivamente branda (6 meses), sofreu um *recall* e foi removido do cargo. (FONTELES, 2019). Também esse caso: No Brasil, há casos semelhantes, ainda que não se fale diretamente de nexo de causalidade de *backlash*, mas apenas insatisfação. É o caso da destituição do Juiz que perguntou a vítima de estupro por que não havia fechado as pernas (Nação Jurídica. Disponível em: <[https://www.nacaojuridica.com.br/noticias/7054/juiz\\_que\\_perguntou\\_a\\_vitima\\_de\\_estupro\\_por\\_que\\_nao\\_fechou\\_as pernas\\_e\\_destituído](https://www.nacaojuridica.com.br/noticias/7054/juiz_que_perguntou_a_vitima_de_estupro_por_que_nao_fechou_as pernas_e_destituído)>. Acesso em 15 ago. 2020.

<sup>38</sup> O Brasil vivenciou um episódio similar, quando José Eugênio do Amaral Souza Neto, Juiz de Direito do Estado de São Paulo, afirmou não ter havido constrangimento na conduta do agente que ejaculou no pescoço de uma jovem, no interior de um ônibus, razão pela qual não valorou os fatos como se eles traduzissem um estupro, mas sim uma importunação ofensiva ao pudor. A Associação

Quanto a este ponto, merece a ressalva de há uma estreita correlação entre o modelo de federalismo constitucionalmente adotado e o risco de *backlash* gerado por um Tribunal estadual<sup>39</sup>.

Há a possibilidade, inclusive, de *backlash* contra medidas do Legislativo e do Executivo, ainda que em menor propensão, segundo Klarman (2017), diferentemente do que ocorreria perante decisões judiciais. Essa visão é questionada por Post e Siegel (2007), para quem não haveria, necessariamente, uma maior suscetibilidade de *backlash* em decisões do Judiciário, comparativamente a decisões do Parlamento ou do Executivo.

Uma boa ilustração é fornecida por William Eskridge (2003), citado por Fonteles (2019), quando considera que a medida adotada pelo Parlamento de Vermont (EUA), quando reconheceu a união civil entre pessoas do mesmo sexo, desencadeou uma reação *backlash*.

Para além das decisões judiciais, mas dentro do âmbito jurisdicional, existem as competências consultivas, a exemplo do Tribunal Superior Eleitoral, dos Tribunais de Contas e da Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>40</sup>, que também estão sujeitas a reações hostis. É o caso, por exemplo, da já citada Resolução n.º 175 do Conselho Nacional de Justiça, que determinou aos cartórios que reconhecessem o casamento entre pessoas do mesmo sexo<sup>41</sup>.

---

dos Magistrados Brasileiros considerou que o Juiz foi “hostilizado de maneira impiedosa pela imprensa e pelas redes sociais”, ao passo que a Associação Paulista de Magistrados asseverou ter sido o referido agente público “atacado de maneira vil e covarde na imprensa e em redes sociais”, aduzindo ainda que ele foi submetido a um “linchamento moral”. Como reação legislativa a essa decisão, o Congresso Nacional editou a Lei n.º 13.718, de 24 de setembro de 2018, que, dentre outras medidas, tipificou o crime de importunação sexual, um desfecho quase idêntico àquele acontecido no Estado da Califórnia (EUA) (FONTELES, 2019).

<sup>39</sup> A própria história já se encarregou de fornecer exemplos, como se percebe no *backlash* endereçado contra *Baehr v. Lewin* (1993), decidido pela Suprema Corte do Hawaii (EUA), assim como em face de *Goodridge v. Department of Public Health* (2003), decisão que adveio do Tribunal de Massachusetts (EUA). Em ambas, o posicionamento favorável ao casamento gay inflamou reações sociais das mais hostis (FONTELES, 2019).

<sup>40</sup> A Opinião Consultiva n.º 24/2017, que versa sobre direitos da fração LGBT da sociedade, teria uma aptidão modesta para ser enfrentada com alguma hostilidade pelos governos mais conservadores. Essa é a opinião de Francisca Pou Giménez, citada por Fonteles (2019), para quem a referida opinião consultiva foi uma medida ousada e até ativista da Corte Interamericana, exatamente porque teve a pretensão de conformar o ordenamento de inúmeros Estados soberanos.

<sup>41</sup> Para Fonteles, isso porque o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união civil homossexual (ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ), iniciativa menos ousada, que pode ter sido cuidadosamente calculada pelos Ministros, exatamente para prevenir um possível efeito *backlash*, à semelhança dos cuidados estratégicos adotados pela Suprema Corte de Vermont (EUA), no caso *Baker v. State*.

Feitas essas considerações, reproduz-se o que diz George Marmelstein (2016) em termos procedimentais para o efeito *backlash*, que seguiria, no seu entender, uma lógica que pode assim ser resumida:

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

Sem deixar de reconhecer a enorme contribuição do jurista para o estudo do fenômeno do *backlash*, algumas considerações devem ser feitas.

As considerações expostas nesse tópico, acompanhadas de alguns precedentes, vão de encontro já ao primeiro passo, que pressupõe que a decisão seja proferida necessariamente pelo Judiciário. Ademais, o procedimento proposto à ocorrência de um *backlash* conservador e, como já visto, as reações, ainda que menos comuns, também podem ter cunho progressista (*exemplo do caso Bowers v. Hardwick* - 1986), fenômeno que hostiliza decisões conservadoras.

Ademais, demonstra-se inadequado associar umbilicalmente conservadorismo e retrocesso, na medida em que é possível conservar um dado progresso alcançado e, por meio dessa conservação, impedir que se retroceda.

No que diz respeito ao item 3, Fonteles (2019) tece interessantes comentários na defesa de que dificilmente uma opinião se altera facilmente, ao afirmar que “Um juiz pode punir alguém pelo crime de racismo, mas sua sentença não tem poderes para desconstituir, na pessoa sentenciada, opiniões racistas.” (FONTELES, 2019, p. 51). Nesse sentido:

Não se deve subestimar a capacidade do povo de posicionar-se sobre assuntos controversos. A deficiência de julgamento e a precária valoração de mundo, portanto, até podem ser presumidas para crianças, mas não é a regra para pessoas adultas, instruídas ou não. A propósito, a mesma pesquisa indica que tais posicionamentos são compartilhados principalmente entre pessoas economicamente desvalidas, o que não desqualifica a respeitabilidade dessas visões de mundo (tampouco as visões de mundo comungadas pelas pessoas mais afortunadas, que são igualmente respeitáveis). Sobretudo, porque a inteligência de alguém não é medida pela sua habilidade com letras e números. Quando o constituinte, na redação original da Constituição de 1988, reconheceu o jus sufragii (direito de voto) aos analfabetos, mas não o franqueou aos alfabetizados menores de 18 (dezoito) anos, revelou que a opinião política do adulto analfabeto parecia-lhe comparativamente mais digna de prestígio que aquela compartilhada por adolescentes letrados nas melhores escolas do país. Entre a opinião política de um conscrito, alguns com nível de escolaridade superior (v.g médicos, dentistas etc.), e a opinião de um analfabeto agricultor, o constituinte preferiu este àquele. Do mesmo modo, ao consagrar o voto universal, em vez daquele baseado na renda ou na escolaridade, optou-se por reverenciar as visões de mundo das pessoas mais humildes. Tudo isso diz muito sobre o espírito da Constituição de 1988, que tem deferência pela opinião do povo, de onde verdadeiramente emana o poder. Realmente, o backlash costuma nascer de decisões que solucionam desacordos morais, portanto, de temas que dividem o sentimento social. Porém, essa divisão costuma ser desigual, sendo bastante frequente que exista uma opinião pública predominante, ainda que nem sempre seja tarefa simples decifrá-la. É exatamente dessa fração social incomodada pela decisão que, em geral, a reação política se origina. A visão de Marmelstein parece contagiada por um paternalismo jurídico, enxergando o povo brasileiro como portador de uma opinião frágil, portador de uma “consciência social” que “não está bem consolidada”, por conseguinte, facilmente manipulável pelo sofismo de conservadores falaciosos. Talvez, a cosmovisão dos brasileiros não seja tão influenciável assim. (FONTELES, 2019, p. 51)

Estabelecida a compreensão segundo a qual as opiniões pessoais não se alteram em um procedimento instantâneo, os próximos itens da teoria de Marmelstein (2016) também merecem ressalvas nesse sentido.

Não se ignora neste trabalho, por outro lado, que de fato o *backlash* exerce influência política, e, conseqüentemente, nas nomeações do judiciário. De fato, o atual presidente Jair Bolsonaro no período das eleições de 2018 chegou a ser apontado como personificação do *backlash*<sup>42</sup>. O ponto é que, seguindo a linha do que dispõe Fonteles (2019), as reações exercidas por meio do *backlash* partem,

---

<sup>42</sup> JUSTIFICANDO. **Efeito Backlash – oportunismo no estilo Bolsonaro.**

Disponível em: <<http://www.justificando.com/2018/06/18/efeito-backlash-oportunismo-no-estilo-bolsonaro/>>bAcessoem 20 out. 2018.

muitas vezes, de um setor já consolidado em seu pensamento, e que se encorajou a demonstrá-lo de forma hostil.

Em que pese se concorde, em um primeiro momento, com a crítica feita por Fonteles para Marmelstein em razão da não mudança de opinião de forma procedimental, o que se defende no presente trabalho é que o *backlash* pode ter o condão de revelar a vitalidade da discussão e a complexidade da temática, porquanto pode alterar opiniões e/ou interpretações a longo prazo, na esteira do constitucionalismo democrático, o que será melhor demonstrado nos capítulos subseqüentes.

Diante de todo o exposto, evidencia-se que o conceito de *backlash* é eminentemente conceitual, sendo aplicado em contextos variados, mesmo que se fixe um conteúdo jurídico. As concepções de cada um dos estudiosos aqui expostos têm sua verdade dentro do contexto apresentado.

A fim de evitar excessiva abertura semântica que dificulte o estudo, será adotada a concepção como toda reação social vocacionada a hostilizar atos do Poder Público, ou de quem lhes faça as vezes.

Metodologicamente, o enfoque será o *backlash* doméstico, especialmente o brasileiro contra decisões judiciais, a fim de avaliar a cooparticipação popular e se há aptidão lesiva para a democracia. Antes, o trabalho irá expor como o fenômeno que se buscou conceituar no presente tópico se manifesta, sendo apresentado em seguida o indicador de impacto desenvolvido por Samuel Sales Fonteles, que servirá como base de análise dos casos concretos.

### **3.4 Formas de exteriorização e casos representativos**

O *backlash* não se confunde com a mera opinião pública desfavorável a um julgado e, mais do que isso, há uma revolta social, que se exprime por meio de atos estratégicos destinados a enfraquecer ou mesmo superar a decisão hostilizada.

Assim, a título exemplificativo, críticas da mídia contra uma decisão isolada não será, a princípio, *backlash* em si.

A fim de identificar reações que sejam classificadas como *backlash* ou não, Fonteles (2019) criou um indicador de impacto, que se baseia em 10 (dez) formas de exteriorizações, cada qual com um peso, e que servem de base de cálculo ao final do qual será identificada uma manifestação como ausente, fraca ou forte. Assim, a

fim de que o fenômeno seja compreendido, serão esmiuçadas nesse tópico essas formas de exteriorização apresentadas pelo jurista, algumas delas acompanhadas de casos representativos.

A primeira delas são as críticas jornalísticas ou de personalidades, contumazes, mordazes e tecidas em veículos de mídia diversificados (como os casos de *Roe v. Wade*, *Kruzifix-Urteil*, e descriminalização da maconha na Georgia).

Exatamente por esse risco, alguns Tribunais estão expedindo notas públicas justificadoras das suas decisões, como uma maneira de tentar proteger a credibilidade da instituição e a reputação dos seus juízes.

O STF, inclusive, tem investido em julgamentos televisionados, mídias sociais, transparência e demais medidas vocacionadas a aproximá-lo do público. Quanto a este ponto, todavia, merece ressalva o fato de que, conforme alertou Barroso (2009), o julgamento televisionado pode ser, pelo contrário, um intensificador de desacordos.

Essa primeira forma de manifestação guarda grande relação com a abordagem das redes sociais e da internet como grandes ferramentas para formação de desacordos morais, o que foi abordado no primeiro capítulo. Com razão, muitas dessas críticas hoje ocorrem por meio *on-line*, recebendo, inclusive, grande número de apoiadores.

Uma segunda forma de manifestação social é por meio de protestos, greves, passeatas, comícios, procissões, desfiles etc.(como os casos de *Kruzifix-Urteil* e *Roe v. Wade*).

O risco dessa forma de manifestação é a possibilidade de que a revolta social ultrapasse a letra fria dos jornais para se materializar em atos concretos de reivindicação popular violentos. Obviamente, o mais natural é que elas ocorram em regimes democráticos, como uma maneira de demonstrar o descontentamento social, mas isso não exclui a possibilidade de movimentos sociais alterarem o curso da História em países integrantes da chamada zona cinzenta do mundo<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> A expressão *gray zone* tem sido empregada por cientistas políticos para designar, por exemplo, países do Leste Europeu que se desvencilharam do comunismo, mas que ainda não alcançaram uma democracia consolidada. Situam-se, pois, em uma zona de transição por vezes denominada de constitucionalismo autoritário, democracias híbridas etc. Como aponta Nebojša Vladislavljević, há evidências de que manifestações populares colaboraram para a evolução, o declínio e a queda do regime comunista na antiga Iugoslávia (FONTELES, 2019).

Nessa segunda forma, as manifestações sociais têm o condão de amplificar a voz dos que se rebelam contra um julgado, ou seja, atuam como um fio condutor de uma reação *backlash*. Sob a rubrica de manifestações sociais, entenda-se todo tipo de ato coletivo da sociedade civil destinado a hostilizar uma medida ou decisão, a além de reações bastante específicas que não poderiam ser tipificadas de maneira apriorística.

Alguns exemplos, citados por Fonteles (2019) são:

Por exemplo, o restabelecimento do banimento de atletas negros em competições desportivas, após a decisão proferida em *Brown v. Board of Education* (1954). Katya Kozicki fornece exemplos bem peculiares de reações sociais, como “o escracho popular da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) por conta da participação de empresários no financiamento da Ditadura Militar”, supostamente um *backlash* contra a decisão do STF que considerou como recepcionada a Lei de Anistia (ADPF 153) (FONTELES, 2019, 62).

Uma terceira forma de manifestação se dá pela instrumentalização da decisão na plataforma eleitoral, podendo haver um giro copérnico no resultado de processos eleitorais, ou a perda repentina de mandatos exercidos por políticos tradicionalmente estabilizados na carreira política (v.g *Brown v. Board of Education*, *Goodridge v. Department of Public Health*, *Miranda v. Arizona*).

Quanto a este ponto, mais uma vez, cumpre ser ressaltado que as urnas são caixas de ressonância da voz das ruas, não podendo ser afirmado, de forma isolada, que os resultados façam parte de uma reação hostil, sem estar acompanhado de manifestações significativas.

Aqui, rememora-se um dos passos descritos por Marmelstein (2016) para proceder ao *backlash*: os candidatos que aderem ao discurso conservador (ou regressivo, em complemento ao que ao Autor propõe) costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. Isto é, os candidatos podem instrumentalizar o *backlash* como uma ferramenta de impulso político.

Uma quarta forma se dá por meio de reações legislativas (v.g *Kelo v. New London*, *Furman v. Georgia*, *Miranda v. Arizona*).

Segundo o art. 102, § 2º, da CRFB/1988, as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de

inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Fonteles (2019) esclarece que exatamente para evitar essa *fossilização da Constituição*, entende-se que a decisão que invalida uma lei não proíbe o Legislativo de elaborá-la novamente, possibilitando-se que o Parlamento reaja diante do comportamento do Judiciário que fulminou a sua obra. Não raro, a *reação legislativa* é o *grand finale* do *backlash*, ou seja, o golpe de misericórdia, dada a sua potencial aptidão para sepultar a decisão hostilizada pela sociedade. Todavia, é possível haver *backlash* sem reação legislativa, assim como pode existir reação legislativa sem *backlash*. Uma coisa não implica a outra.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem efetuado uma importante distinção quanto à maneira pela qual essas reações legislativas são apresentadas. Na hipótese de reação por meio de leis infraconstitucionais, o diploma com idêntico teor ao censurado já nasce com uma presunção de inconstitucionalidade, presunção *juris tantum* de constitucionalidade. São as chamadas leis *in your face*, situam-se nos domínios da cláusula *rebus sic stantibus*. Já na hipótese de reação por meio de Emenda à Constituição, altera-se o próprio parâmetro utilizado pela Corte para a interpretação constitucional. A análise do Supremo Tribunal Federal limitar-se-á a aferir se a emenda vulnerou cláusulas pétreas. Não sendo o caso, promove-se uma alteração da interpretação constitucional, por meio dessa superação legislativa.

Um caso muito mencionado de *backlash* legislativo foi a declaração da inconstitucionalidade da Lei Cearense nº 15.299 de 2013, que regulamentava a atividade de “vaquejada” no Estado. Pouco mais de um mês após a decisão do STF que declarou a inconstitucionalidade de referida lei, o Congresso Nacional editou a Lei nº 13.364 de 2016, que determinava que “o Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, passam a ser considerados manifestações da cultura nacional.” (BRASIL, 2016). Mais tarde, o Congresso Nacional decidiu alterar a própria Constituição, nela inserindo, através da Emenda Constitucional nº 96 de 2017, a previsão expressa de que são permitidas práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais.

Em que pese Fonteles (2019) não considere esse caso como *backlash*, mas sim um *lobby* de um setor muito específico da economia, sobretudo a cearense, no

presente trabalho se considera uma manifestação do fenômeno, ainda que a nível local.

Outro exemplo é o ocorrido em 1976, em que, diante da mudança do cenário político, a Suprema Corte, reavaliando a decisão proferida em *Furman v. Georgia*, passou a entender que, observadas algumas condições, a adoção da pena de morte seria compatível com a oitava emenda da constituição (*Gregg v. Georgia*), permitindo que os estados continuassem a prever a pena capital para os crimes mais graves. Após referida decisão, cerca de 35 (trinta e cinco) estados que antes não adotavam a pena de morte, além do próprio Congresso passaram a adotá-la, em uma reação acompanhada da opinião pública provocada contra a postura liberal adotada pela Suprema Corte (MARMELSTEIN, 2016).

Quando ao caso retratado nos Estados Unidos, mister pontuar que pode ser mencionada uma estreita relação entre federalismo e reações legislativas, nas palavras de Louis Brandeis, Chief Justice da Suprema Corte Norte-Americana, citados por Fonteles (2019), eis que os estados são “laboratórios da democracia”. Também se percebem variações em função do próprio modelo de federalismo adotado. No Brasil, o modus operandi do backlash é distinto daquele usualmente operado nos Estados Unidos, dada a arquitetura constitucional diferenciada entre o federalismo norteamericano (de origem centrípeta ou por agregação) e o federalismo brasileiro (de origem centrífuga ou por desagregação). Quanto mais autonomia se confere às ordens parciais, maior a probabilidade de se rebelarem contra os ditames que emanam da ordem central. Por essa razão, portanto, é menos provável que se tenha um caso como *Furman v. Georgia* no Brasil.

Tem-se ainda as reações por atos de desobediência civil. É possível que, diante de uma vacância eventual, o Chefe do Executivo indique novos magistrados com um perfil ideológico diverso daqueles responsáveis pela decisão vergastada socialmente. Poucos *backlashes* atingem esse crítico patamar. Aqui, já se tem alguma ameaça à autoridade dos juízes e Tribunais, portanto, nasce um risco para o próprio Estado de Direito. De uma maneira geral, o tema da desobediência civil costuma ser abordado no contexto das leis, não das decisões dos juízes e Tribunais. Maria Helena Diniz, citada por Fonteles (2019), esclarece que a desobediência civil “[...] é executada com o fim imediato de mostrar publicamente a injustiça, a ilegitimidade e a invalidade da lei e com o fim mediato de induzir o poder a mudá-la. Daí ser um ato inovador e não destruidor” (DINIZ, *apud* FONTELES, 2019, p. 70).

Nas palavras de Barroso (2016), deixar de cumprir uma decisão judicial é crime de desobediência ou golpe de Estado. Nessa concepção, não haveria espaço para inobservar uma decisão proveniente de um órgão julgante.

O importante, nesse ponto, não é conceituar a desobediência civil, mas constatar que decisões de juízes e Tribunais têm aptidão potencial para desencadeá-la, a depender da dificuldade de assimilação social do seu conteúdo (FONTELTES, 2019).

Ante o caráter extremo da desobediência civil e diante do risco que essa postura oferece para o Estado de Direito, alguns marcos teóricos negligenciam essa modalidade de exteriorização do *backlash*, a exemplo do constitucionalismo democrático.

Outra forma de manifestação é a insubordinação de autoridades e agentes do Poder Público (v.g. *Kruzifix-Urteil*). Havendo configuração de crime de responsabilidade, o povo poderá reagir de uma maneira mais drástica, qual seja, o impeachment do juiz que prolatou a decisão. A insubmissão de autoridades, por si só, não implica a exteriorização de um efeito *backlash*, o que depende de uma análise sistêmica, conjugando-se com outras exteriorizações.<sup>44</sup> A insubordinação de agentes pode se fazer acompanhar de uma desobediência civil, razão pela qual é tida como uma exteriorização de *backlash* ainda mais hostil. Sobretudo, se considerada a variável de que, a depender do status do agente público, haverá ferramentas para sabotar a decisão (v.g. o uso de força policial). Por todas essas razões, a insubordinação de agentes, como exteriorização do *backlash*, afigura-se tão perigosa.

Uma outra forma é a desconfiguração do perfil das Cortes Constitucionais, a exemplo da indicação de autoridades com uma visão distinta da composição majoritária (*Roe v. Wade*).

De fato, nos *leadings cases* estadunidenses *Roe v. Wade*, em decisão judicial que descriminalizou o aborto nos Estados Unidos<sup>45</sup> e em *Brown v. Board*

---

<sup>44</sup> Segundo Fonteles (2019), quando Renan Calheiros, então presidente do Senado Federal, negou-se a afastar-se do cargo, em desobediência à decisão (liminar e monocraticamente) proferida pelo Ministro Marco Aurélio, operou-se um curto circuito na separação dos poderes, mas não uma reação da sociedade contra o que restou decidido

<sup>45</sup> O caso pode ser explicado por Robert Post e Reva Siegel na obra “*Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*” (2007), na qual relatam que a decisão judicial em questão descriminalizou o aborto nos Estados Unidos, a partir da postulação de *Roe*, mulher grávida que

Education<sup>46</sup>, em que foi colocado fim à segregação racial de crianças brancas e negras nas escolas públicas dos Estados Unidos. Em tais casos, a bancada mais conservadora tentou reverter as decisões, além de tê-las usado estrategicamente como forma de eleger mais candidatos Republicanos, pois se alegava que os Democratas apoiavam estas decisões “contramajoritárias”, as quais representavam uma ameaça à família tradicional e à religião.

É bastante natural e corriqueiro que, diante da convulsão social gerada por uma medida ou decisão, o povo se articule para promover a superação do precedente (*overruling*). Aqui, se inclui o povo eleger candidatos que se comprometessem a indicar juízes com filosofias jurídicas contrárias a determinados precedentes judiciais, exatamente para superá-los.

Pode haver, ainda, impeachment para a destituição de Ministros das Cortes (em se tratando de juízos singulares; exemplifica-se com o *recall* para a remoção de juízes – v.g crime sexual no campus da Universidade de Stanford, na Califórnia – EUA).

Também é possível que a indiferença do Poder Público resulte em uma insubordinação dos seus agentes. Simplesmente, o julgado é ignorado por quem deveria cumpri-lo exemplarmente, gerando uma sensação de anomia. A licitude dessa exteriorização depende do fundamento que a origina.

Na História Constitucional, figure-se, por exemplo, em *Watkins v. United States* e *Sweezy v. New Hampshire*, a Suprema Corte dos Estados Unidos limitou os poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito e julgou favoravelmente ao direito de não autoincriminação (Fonteles, 2019).

Infere-se que essa exteriorização de *backlash* será lícita se fundada em razões constitucionais adequadas e suficientes. Por outro lado, será ilícita quando banalizada de maneira populista e demagoga, atentando contra a independência de um magistrado e, por conseguinte, do Estado de Direito.

---

interpôs uma ação popular contestando a constitucionalidade das leis proibitivas de aborto no Texas. A decisão da Suprema Corte foi muito criticada por consubstanciar, para muitos, o puro exercício do poder judicial, bem como provocou um intenso *backlash* por parte dos conservadores, dando origem a uma direita extremista, a chamada *New Right*.

<sup>46</sup> Conforme ensinado por Michael J. HowKlarman, citado por Larissa Pinha de Oliveira em sua Tese de Doutorado “Parâmetros Hermenêuticos da Mutação Constitucional”, referida decisão judicial pôs fim à segregação racial de crianças brancas e negras nas escolas públicas dos Estados Unidos, o que provocou uma ampla resistência e unificou a intransigência racial nos Estados sulistas dos Estados Unidos, contrários à decisão, criando um ambiente político demasiado extremista.

Uma outra forma de manifestação é por meio de ataques à instituição propriamente dita, como atos arbitrários de *court packing*, corte no orçamento dos Tribunais etc. À vezes, as decisões de um Tribunal são atacadas, ao passo que, em casos mais graves, o próprio Tribunal é objeto de ataque. As maneiras de ataques institucionais são variadas, podendo ocorrer por meio de cortes no orçamento, suspensão das atividades ou uma alteração arbitrária na composição da Corte. Essa última, com o escopo de deformar o perfil do Tribunal.

Contudo, a deformação subjugadora do perfil das Cortes é uma medida que nem sempre tem como origem o *backlash*, razão pela qual deve ser apreciada como sintomática, mas não necessariamente como decisiva. Sobretudo em regimes de exceção, é habitual que se atente contra a composição de um Tribunal, mas para assegurar a hipertrofia do Executivo (não exatamente em razão de uma dada decisão). Nesse sentido:

No Brasil, durante o Estado Novo (1937- 1945), um decreto-lei atribuiu a Getúlio Vargas a prerrogativa de escolher, por tempo indeterminado, qual Ministro do Supremo Tribunal Federal presidiria a Corte. No Regime Militar (1964-1985), o Ato Institucional n.º 2, de 1965, ampliou o número de Ministros do Supremo Tribunal Federal, que era de 11 (onze), para 16 (dezesesseis) membros. No ano de 1969, o Ato Institucional n.º 5 aposentou compulsoriamente 3 (três) Ministros do STF, estabelecendo em um dos seus dispositivos a impossibilidade de apreciação judicial<sup>149</sup>. Na Hungria, como bem observou Bojan Bugarič, reduzindo-se a idade de aposentadoria dos juízes de 70 (setenta) para 62 (sessenta e dois) anos, o governo removeu quase todos os presidentes de Tribunais<sup>150</sup>. Na Polônia, uma das medidas aprovadas pelo Partido Lei e Justiça foi a redução da idade de aposentadoria, que era de 70 (setenta) anos, para 65 (sessenta e cinco) anos, o que atingiu Malgorzata Gersdorf, presidente da Suprema Corte polonesa. Aliás, essa juíza recusou-se a migrar para a inatividade e, desafiando a norma jurídica que a aposentou, passou a comparecer diariamente ao seu gabinete. Por fim, quando as medidas econômicas do New Deal encontraram resistência na Suprema Corte Norte-Americana, apelidada de Corte do Laissez Faire (ou Corte da Era Lochner<sup>151</sup>), Franklin Delano Roosevelt ameaçou alterar a composição do Tribunal (“court-packing” plan). (FONTELES, 2019, p. 75)

Nenhuma das situações narradas traduzem tecnicamente, no entendimento de Fonteles (2019), um efeito *backlash*. Os atos arbitrários de *court packing* para o jurista só configuram uma reação *backlash* quando, ainda que promovidos de maneira ilegítima, seja possível vislumbrar um nexos etiológico entre o ataque sofrido e a decisão socialmente vergastada etc.

Existe, ainda, a possibilidade de atentados terroristas (*Roe v. Wade*), e revoltas armadas e guerra civil (*Dred Scott v. Sandford*). Tais atos originam-se dos

cidadãos e podem ser endereçados aos próprios cidadãos ou em face das autoridades, em uma espécie de autofagia social com idoneidade para evoluir para uma guerra civil. Portanto, mais do que simplesmente não obedecer, o descontentamento social com uma decisão pode expressar-se por meio de uma revolta armada.

Em uma cadeia de nexos causal, para Fonteles (2019) é possível, sim, vislumbrar uma relação de causa e efeito entre decisões judiciais e guerras. Por exemplo ele cita que, para alguns analistas, a decisão da Suprema Corte norte-americana que negou cidadania a um escravo, em *Dread Scott v. Sandford* (1857) contribuiu para acirrar os ânimos dos Estados do Sul (escravocratas e agrários) e os do Norte (antiescravagistas e industriais), contribuindo para deflagrar a Guerra Civil.

O direito de resistência não costuma ser reconhecido como tal por um dado ordenamento positivo, exatamente porque traduz uma força que se volta contra poderes instituídos por uma ordem constitucional em vigor. A Constituição da Alemanha (art. 20, n.º I a IV) e a Constituição de Portugal (art. 21) possuem normas que flertam com o direito de resistência, mas que não o acolheram em sua plenitude, exatamente porque fazê-lo seria um comportamento autofágico (FONTELES, 2019).

Mais uma vez, tem lugar a advertência de que alguns marcos teóricos sequer reconhecem uma reação tão extrema como modalidade de backlash, a exemplo do constitucionalismo democrático.

Portanto, apresentadas as formas de exteriorização do backlash, cumpre ressaltar que é possível raciociná-los de maneira linear e cronológica, embora não de maneira rígida. Existem alguns que limitam-se a desobediência civil, e alguns que são claramente atos antijurídicos.

Se isoladamente considerados, os sintomas acima podem não evidenciar com segurança a ocorrência do *backlash*, ou seja, tomados individualmente, eles podem não fornecer um diagnóstico seguro, devendo ser analisado caso a caso.

A seguir, pretende-se apresentar algumas questões avançadas pela doutrina a respeito do *backlash* e atuação do judiciário nesse contexto. Para tanto, partiu-se do conceito de crença jurídica.

#### **4 CRENÇA POLÍTICA, MODO DE DECISÃO E PADRÃO DE REAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES**

A partir do conceito de crença<sup>47</sup> instituído por Álvaro Ricardo de Souza Cruz e Leonardo Martins Wykrota na obra “O pensamento jurídico e suas crenças” (2018), apresenta-se algumas questões avançadas pela doutrina a respeito do *backlash* e atuação do judiciário nesse contexto.

Essa contextualização nos permitirá constatar os problemas teóricos e dogmáticos advindos do debate a respeito da atuação da jurisdição frente ao contexto do *backlash*. Antes, porém, devem ser tecidas algumas considerações.

A literatura sobre o efeito *backlash* está em crescimento, sendo um tema em voga, apesar de poder ser ainda considerado imaturo, desenvolvido principalmente na doutrina norte-americana.

Assim, é importante observar que as principais pesquisas desenvolvidas na explicação do fenômeno ora proposto são estrangeiras, notadamente a norte-americana, tendo sido constatada uma carência de investigações específicas quanto às peculiares condições culturais brasileiras.

Isso se justifica, conforme assevera Barroso (2009) primeiramente porque a comparação inicial entre os dois sistemas (brasileira e norte-americano) já seria suficiente para concluirmos que em virtude da maior dificuldade em se alterar a Constituição norte-americana, a temática atinente às mudanças informais da Constituição se imporia com maior frequência e vivacidade nos Estados Unidos do que no Brasil. Isto porque, a “facilidade” encontrada pelo Poder Legislativo brasileiro em empreender a reforma constitucional teria o condão, ao menos em tese, de desestimular o Poder Judiciário a operar mutações constitucionais via interpretação judicial.

Streck (2010) em sua obra “O que é isto – decido conforme minha consciência?” assevera que as reações às decisões do Supremo Tribunal Federal não se afiguram tão viscerais, violentas como nos Estados Unidos, notadamente porque nosso país conta com uma tradição ainda recente de jurisdição

---

<sup>47</sup> Em síntese, para os autores, na falta de um “fundamento último”, a adoção do conceito de crença permite que se escape de uma semântica cientificista, na qual estão inseridas as noções de “paradigma”, “modelo”, “geração”, ou “dimensão”. Para tanto, procuram evidenciar exatamente as crenças centras que subjazem determinadas convicções sobre o Direito e seu fundamento. (CRUZ, WYKROTA, 2018).

constitucional, consolidada apenas a partir da Constituição de 1988, diferentemente da experiência norte-americana, onde a discussão sobre legitimidade do Poder Judiciário conta com mais de duzentos anos de história<sup>48</sup>, bem como o engajamento e a mobilização popular constituem traço distintivo da cultura norte-americana.

No entanto, como qualquer constituição democrática, a brasileira também encontra respaldo na soberania popular, de maneira que, sua aptidão para inspirar lealdade e comprometimento da sociedade perpassa também pela habilidade das instâncias estatais oficiais em recepcionar e investir nas contribuições advindas das manifestações/reações da sociedade acerca do significado das disposições constitucionais. E isto condiz necessariamente com as mudanças informais da Constituição operadas via interpretação, porquanto em muitos casos, a legitimidade da mutação repousa na sua correspondência a uma demanda social efetiva por parte da coletividade (BARROSO, 2009).

É certo que a adoção de teorias nascidas distantes da realidade brasileira exige cautela e atenção para a adequada tradução desse debate aos nossos problemas, razão pela qual opta-se, à semelhança do adotado por Godoy (2017) em seus estudos, tomar as teorias como ponto de partida e instrumental teórico-crítico apto a nos fazer repensar nossas teorias e práticas jurisdicionais e políticas.

Mesmo porque, para Conrado Hübner Mendes (2008), ainda que a crítica segundo a qual a literatura americana pode, eventualmente, ofuscar, direcionar e distorcer os termos do problema, é quase inevitável passar por ela no que tange a revisão judicial: eles inventaram a instituição, formularam a pergunta e elaboraram as principais respostas.

Por isso, o Autor propõe, e é o que se pretende adotar no presente trabalho, que a adoção desta literatura leve em conta os seus pressupostos e que se verifique sua compatibilidade com a democracia constitucional brasileira: neste sentido,

---

<sup>48</sup> Para Hubner (2008): “Literatura sobre revisão judicial, até poucos anos atrás, praticamente se confundia com a literatura norte-americana. Consistia numa bateria de soluções para a ‘dificuldade contra-majoritária’, contraposta a reformulações periódicas da objeção democrática. Apesar da aparência de haver atingido o estágio da exaustão argumentativa, renovações constantes dos dois lados continuam a surgir. Ao menos no que diz respeito à teoria normativa, a quantidade de argumentos alcançou um grau considerável de complexidade e diversidade. A maioria dessas ondas teóricas que periodicamente reinterpretaram o problema teve um atávico caráter paroquial: com frequência, pressupuseram o modelo americano de revisão judicial. Reduziam-se discursos que conferiam ou retiravam legitimidade da Suprema Corte americana. Isso é compreensível, uma vez que boa parte estava preocupada, de fato, com tal sistema particular.” (HUBNER, 2008, p. 21).

transcende-se detalhes institucionais e elimina-se argumentos particulares para que essa literatura possa circular de modo mais desenvolvido por outras jurisdições, para que tenha maior versatilidade e evite qualquer miopia ou anacronismo teórico (HUBNER, 2008).

#### **4.1 O conceito de crença para Álvaro Ricardo de Souza Cruz e Leonardo Martins Wykrota e seu viés político-operacional**

A literatura para compreensão do fenômeno do *backlash* e de como conferir maior legitimidade democrática às decisões que lidem com controvérsias que têm por base um conflito entre direitos moralmente justificados é vasta.

A fim de assentar o entendimento, esse trabalho toma como ponto de partida a concepção de crença política apresentada por Álvaro Ricardo de Souza Cruz e Leonardo Martins Wykrota na obra “O pensamento jurídico e suas crenças” (2018).

Os autores empregam o termo crença como alternativa à noção de paradigma, o que justificam da seguinte forma: “pensando em uma ferramenta conceitual para auxiliar nessa tarefa que propusemos uma classificação de diversas correntes que pensam o Direito e seu fundamento, a partir de um fio condutor comum” (CRUZ, WYKROTA, 2018, p. 1).

Em síntese, para os autores, na falta de um “fundamento último”, a adoção do conceito de crença permite que se escape de uma semântica cientificista, na qual estão inseridas as noções de “paradigma”, “modelo”, “geração”, ou “dimensão”. Para tanto, procuram evidenciar exatamente as crenças centras que subjazem determinadas convicções sobre o Direito e seu fundamento.

Nesse contexto, os juristas apostam em pelo menos três crenças fundamentais para analisar o fenômeno jurídico: (a) uma crença normativa, atrelada ao raciocínio legalista; (b) uma crença política, na qual o direito acaba sendo visto apenas como mais um aspecto do cenário político, econômico ou social e, por fim; (c) uma crença biológica, que aceita que nossos componentes biológicos impõem vieses comportamentais capazes de influenciar desde a nossa interpretação do texto até o funcionamento das nossas instituições.

Para o presente trabalho, interessa o estudo do credo político que “decorre da percepção de cientistas políticos, sociólogos e/ou economistas sobre o fenômeno

jurídico, em geral, sem muita reverência ao legado da crença normativa” (CRUZ, WYKROTA, 2018, p. 26).

Ressalvado que embora cada um desses grupos não sejam propriamente uma “caixinha” para classificação exata das várias correntes do pensamento jurídico, esclarecem que na crença política o direito e a política se imbricam, sendo difícil discernir os limites de um e outro.

Apresentada a crença política pelos autores em duas vertentes, merece relevância a político-operacional, que traz a compreensão do direito como um campo fundado pela crescente especialização da atividade jurídica em diálogo com outras ciências. Nessa crença, questões ligadas à fundação do direito ou sua distinção conceitual com a força são postas de lado, em oposição ao que ocorre com a outra vertente da crença política fundacional.

O estudo desta crença – a político-operacional – interessa, sobretudo, porque apresenta no campo constitucional as correntes distintas do neoconstitucionalismo que se voltam para o desempenho das instituições na determinação de resultados políticos, sociais e econômicos. Se adequa ao problema apresentado na medida em que essas correntes focam estudar o modo pelo qual decisões são tomadas e o padrão de reação de cada instituição envolvida, que é justamente o que se procura explicar para o caso do efeito *backlash*.

Feitas essas considerações, passaremos a análise de alguns dos marcos teóricos – aqui entendidos como crenças – através dos quais o *backlash* pode ser compreendido.

## 4.2 O Minimalismo Constitucional

Uma das correntes apontadas pelos autores é o minimalismo constitucional, tanto sobre o viés procedimentalista de Alexander Bickel (1986) quanto pela perspectiva substantiva de Cass Sustein, que surge como reação ao já mencionado fenômeno da expansão das funções judiciais e judicialização da política e analisados neste trabalho, particularmente, no contexto dos mencionados juristas, no período correspondente à presidência de Earl Warren Burger na Suprema Corte norte-americana.

Em uma crença em que o *backlash* é algo a ser evitado, no minimalismo há um relativo desencorajamento da ação do juiz, que deve atuar com moderação e

parcimônia, evitando aquilatar aspectos não suscitados na demanda, bem como abstendo-se de uma incursão meritória com uma profundidade desnecessária.

Já em 1999, com a obra "One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court" Sustain apresenta uma forte característica: a inclinação a decidir um caso de cada vez.

Aborto, ação afirmativa, o "direito de morrer", pornografia e liberdade de expressão, homossexualidade e discriminação sexual: para o jurista, tão ansiosamente quanto as decisões da Suprema Corte sobre essas questões polêmicas são aguardadas e tão intensamente quanto são estudadas, elas parecem nunca resolver nada de uma vez por todas. Nesse contexto, o casuísmo é defendido como prevenção a reações sociais a fim de oportunizar ao Parlamento que venha a amadurecê-los a tempo e a modo (SUSTEIN, 1999).

Examinando várias controvérsias, ele mostra como - e por que - o Tribunal evitou decisões amplas sobre questões que vão da legitimidade da ação afirmativa ao "direito de morrer" e, ao fazê-lo, estimulou, no seu entender, em vez de encerrar, o debate público sobre esses tópicos difíceis (SUSTEIN, 1999).

Sua posição quanto ao *backlash* é relativamente inconclusiva, considerando que analisa o fenômeno por meio de tipos imaginários de quatro mundos hipotéticos que não se amoldam ao mundo real. São eles o Olimpo, a Terra dos Anciãos, a Terra Lochner e Atenas.

O tipo imaginário de Olimpo teria como regra a indiferença ao *backlash*, em uma nação onde as decisões judiciais são confiavelmente corretas e a oposição pública, quando existe, está seguramente errada.

Na Terra dos Anciãos, a regra, também seria de indiferença ao *backlash*. Nessa hipótese, o significado da Constituição é extraído de maneira originalista: ou é alcançado pela intenção do constituinte (à semelhança do originalismo de Robert Bork) ou pelo significado das palavras tais como utilizadas à época em que promulgadas (à semelhança do textualismo de Scalia).

Na Terra Lochner, a preocupação com o *backlash* é mais útil e o fenômeno é visto com mais deferência. Aqui, significado constitucional deriva de julgamentos políticos ou morais do intérprete. É a terra onde podem ser cometidos os erros judiciais.

Por fim, em Atenas, a Corte deve acautelar-se do risco de *backlash*, mas não porque juízes julgam de maneira errônea, mas porque esse fenômeno reflete o

juízo do povo sobre questões sociais nucleares, bem como a melhor concepção acerca dos direitos fundamentais como igualdade, liberdade etc. É o mundo da democracia imaginária e de bom funcionamento, onde os juízes julgam de maneira refletida, bem fundamentada, sempre com transparência. Este seria o mundo do constitucionalismo popular e onde uma lei só deveria ser declarada inconstitucional quando a violação à Constituição estivesse acima de uma dúvida razoável (Thayerianismo) (FONTELES, 2019).

Na visão de Fonteles (2019), é presumível que os mundos sejam caricaturas de juristas de outras crenças jurídicas, como Ronald Dworkin e Mark Tushnet:

Ainda que Cass Sunstein não o tenha dito expressamente, é presumível que o primeiro dos mundos seja uma caricatura do pensamento de Dworkin, com a idealização olímpica do Juiz Hércules e a sua leitura moral da Constituição. O segundo mundo seria um provável espantoso da visão jurídica de Robert Bork e Antonin Scalia. A terceira dimensão, por sua vez, é uma possível referência ao ativismo judicial da *Lochner Era*. Em arremate, o derradeiro dos mundos seria o imaginário jurídico de juristas como Larry Kramer, Waldron e Tushnet, exatamente o marco teórico explorado no tópico a seguir. (FONTELES, 2019, p. 52).

O professor de Harvard reconhece que seus tipos imaginários não se amoldam ao mundo real, logo, uma conclusão decisiva sobre o *backlash* não seria tão clara. Uma das poucas conclusões apontadas por Sunstein é de que, não sendo a Suprema Corte norte-americana um Olimpo e tampouco uma Terra de Anciãos, pelo menos na maioria dos casos extremos, o risco do *backlash* deve ser levado em consideração.

Os posicionamentos de Sunstein e o minimalismo judicial foram alvos de críticas, aqui se destacando as oriundas da Yale Law School (Robert Post e Reva Siegel).

Post e Siegel (2007) na contramão dos opositores ao *backlash* que o indicam como algo a ser calculado e estrategicamente evitado, defendem o fenômeno como um fator positivo para o desenvolvimento do direito constitucional de uma sociedade plural, expressando o desejo de um povo livre de influenciar o conteúdo de sua Constituição, além de favorecer a jurisdição constitucional, o estabelecimento de uma sociedade igualitária e revigorar a legitimidade democrática da interpretação constitucional. Suas concepções serão melhor compreendidas adiante.

### 4.3 O Constitucionalismo Popular

Como relatam Cruz e Wykrota (2018), o ativismo judicial de vertente conservadora, especialmente a partir da presidência de William Rehnquist na Suprema Corte Americana, trouxe como reação o movimento do Constitucionalismo Popular de Akhil Reed Amar (1998), Larry D. Kramer (2004) e Mark Tushnet (2000).

Essa crença, inconformada pela interferência da Corte, que desconstruiu, em grande medida, aquilo que consideravam como “progresso” em torno de *civil rights* de minoria, e desanimada com a capacidade institucional do Judiciário, passou a questionar a centralidade da Suprema Corte para solucionar questões morais nas quais o dissenso era tido razoável e permanente (CRUZ, WYKROTA, 2018).

Coloca em cheque a tese da “última palavra” dos juízes sobre direitos constitucionais, conforme relatam Cruz e Wykrota (2018):

Tushnet, por exemplo, é um crítico do que designa por controle “forte” de constitucionalidade que acaba por levar todos os desacordos morais e discussões semânticas sobre o texto constitucional para o Judiciário. Logo, propõe um aumento significativo da deliberação popular em sociedades modernas como mecanismo de ganho de legitimidade no Estado de Direito. Já o trabalho de Kramer reconstrói de forma ímpar o histórico do judicial review norte-americano como uma vitória de forças não democráticas da elite daquele país. (CRUZ E WYKROTA, 2018, p. 44).

Para Mark Tushnet (2006), a história norte-americana revela uma persistente tendência de constitucionalismo popular, compreendido como a aceitação de argumentos constitucionais apresentados pelo próprio povo, independentemente de, e às vezes em sabido conflito com, interpretações constitucionais apresentadas e concretizadas pelos Tribunais.

No constitucionalismo popular, o protagonista da interpretação constitucional é o povo, o que levou alguns autores mais radicais, no passado, a considerarem ilegítima a jurisdição constitucional. Nesse marco teórico, assim como no minimalismo, o *backlash* também é um mal a ser evitado, porém de uma maneira mais drástica: simplesmente, não seria legítimo que as Cortes invalidassem leis fabricadas pelo Parlamento. Em escritos mais recentes, todavia, seus expoentes já toleram o controle de constitucionalidade, mas desde que na sua modalidade fraca (Tushnet) ou sem supremacia judicial (Kramer).

Na definição de Cass Sunstein (2007), o constitucionalismo popular pode ser entendido pela ideia de que o significado constitucional exige julgamentos de princípio básico e a crença de que esses julgamentos são mais confiáveis quando efetuados pelo povo do que pelo Judiciário.

Como observam Post e Siegel, a comunidade norte-americana vivenciou um movimento pendular. De início, na célebre era da Corte de Warren, a sociedade confiava excessivamente na jurisdição constitucional, concebida como um fórum de princípios, o que foi abordado anteriormente. Após essa fase, o constitucionalismo popular conseguiu arrebatá-los uma fração dos juristas progressistas, que passaram a questionar a legitimidade da jurisdição constitucional. Note-se que, no minimalismo de Sunstein, aceita-se uma jurisdição constitucional mais comedida. Aqui, questiona-se o próprio fato da atividade ser franqueada aos magistrados.

A razão para essa mudança, segundo os professores de Yale, foi a de que progressistas tornaram-se temerosos de que um Judiciário assertivo pudesse deflagrar um *backlash* político e cultural, que poderia prejudicar, mais do que ajudar, valores progressistas.

Noutras palavras, para juristas progressistas, o que há de sedutor no constitucionalismo popular é que essa jusfilosofia, tanto quanto o minimalismo judicial, parece uma útil ferramenta de prevenção ao *backlash*. Assim, tais juristas temem que a jurisdição possa causar um *backlash* do mesmo tipo que eles atribuem a *Roe v. Wade*, precedente que acreditam ter dado vida à Nova Direita.

Logo, de modo a evitar um “contra-ataque conservador”, progressistas acharam por bem, estrategicamente, esquivar-se de qualquer atitude que pudesse provocar um “ressentimento populista”.

A seguir, será abordada a crença dos professores de Yale, Post e Siegel, denominada como Constitucionalismo Democrático, e que apresenta estudos notórios no campo do *backlash*.

#### **4.4 O Constitucionalismo Democrático de Robert Post e Reva Siegel**

Uma última teoria a ser abordada no presente trabalho nessa seara é o chamado “constitucionalismo democrático” de Robert Post e Reva Siegel (2007). Ao invés de aberta a “acordos teóricos incompletos” propostos por Sunstein e Vermeule (2003), as Cortes Constitucionais deveriam estar abertas a argumentações mais

sofisticadas como forma de aprimoramento da democracia, e, naturalmente, estar abertas a críticas e reações institucionais promovedoras de *override*, isso é, alteração legislativa de decisões judiciais, marcadamente pelo processo de emendas constitucionais. (CRUZ, WYKROTA, 2018).

Fortes críticos ao minimalismo, esses autores sustentam que Cortes Constitucionais não podem negar sua contribuição silenciando-se diante de controvérsias morais e pragmáticas razoáveis de argumentos. Porém, a depuração de ambos seria o único caminho viável para um ganho qualitativo sobre o déficit democrático nos Estados de Direito atuais. (CRUZ, WYKROTA, 2018).

Como exemplo, sustentam a vitalidade das críticas sofridas pela Corte Americana no caso *Roe vs. Wade*, discordando de Sustain, que se preocupa com a queda de prestígio de um precedente judicial num sistema de *common law*. Ao contrário, entendiam as críticas, seja de movimentos feministas que desejavam a abertura de todas as possibilidades de práticas abortivas, seja de movimentos conservadores, como as manifestações de Igreja Católica, que postulavam a proibição de qualquer modalidade de aborto. (CRUZ, WYKROTA, 2018).

De todo modo, a corrente política operacional/fundacional se debruça sobre o pano de fundo das negociações e barganhas na tomada de decisões das instituições públicas. Um exemplo simples é a de um ministro que votou contra seu ponto de vista manifesto como relator em determinado caso, simplesmente com o objetivo de ser o relator da decisão final e, com isso, lançar, diante da derrota inevitável, termos mais comedidos da redação da decisão vencedora (CRUZ, WYKROTA, 2018).

Segundo Post e Siegel (2007), o constitucionalismo democrático examina as muitas práticas que facilitam uma comunicação permanente e contínua entre os Tribunais e o público, não tendo qualquer intenção de afastar o Tribunal da tomada de decisão, muito menos de deslegitimar a Constituição: o constitucionalismo democrático examina as muitas práticas que facilitam uma comunicação permanente e contínua entre os tribunais e o público, sendo que estas práticas devem ser robustas o suficiente para evitar a alienação constitucional e manter a solidariedade em uma comunidade normativamente heterogênea.

Barry Friedman (2003) acredita que adotando o modelo de Reva Siegel e de Robert Post, o Judiciário desempenharia um papel importante na identificação dos valores que, por serem constitucionais, encontram apoio popular ao longo do tempo.

Estas práticas, nesse sentido, devem ser robustas o suficiente para evitar a alienação constitucional e para manter a solidariedade em uma comunidade normativamente heterogênea.

Em que pese aparentemente os estudos de Siegel e Post e Sustain aparentam ser divergentes, segundo Miguel Gualano de Godoy (2017) em sua obra “Devolver a Constituição ao Povo”, a diferença entre o constitucionalismo democrático e o minimalismo seria de grau, e que tanto uma postura mais passiva, quanto uma mais ativa seriam possíveis e desejáveis, como também legítimas. Segundo a visão do autor, Post e Siegel:

[...] não veem como excludentes, portanto, a reivindicação de retomada de um papel proativo e preponderante do povo na definição do significado da constituição e uma atuação forte do Poder Judiciário na garantia e aplicação da constituição. Ambos desempenham papéis importantes e absolutamente necessários na definição dos conteúdos, alcances e limites dos direitos constitucionais. (GODOY, 2017, p. 130)

Neste sentido, para o autor, a crítica do constitucionalismo democrático ao minimalismo consiste mais em uma diferença entre posturas do que uma oposição irreconciliável entre as ideias desses autores. Enquanto o minimalismo é mais prudente e cauteloso, o constitucionalismo democrático é mais ativo e audacioso.

Nesta quadra, a relevância do modelo proposto por Robert Post e Reva Siegel consubstancia-se na possibilidade de apreender o desacordo interpretativo como uma condição normal, inerente ao Direito Constitucional contemporâneo. Sua premissa nevrálgica consiste na noção de que a autoridade da Constituição repousa na sua legitimidade democrática, vale dizer, na sua habilidade de inspirar e mobilizar os cidadãos (DE OLIVEIRA, 2011).

De fato, a concepção proposta revela o destacado papel assumido pelas Cortes, enquanto instância legitimada pela Constituição para assegurar e reforçar direitos, bem como para promover o diálogo social.

Em virtude da autoridade do Poder Judiciário repousar na confiança depositada pelos cidadãos na sua atuação, conclui-se que interpretações judiciais em extremo desalinho com as convicções populares certamente serão objeto de resistência (possíveis *backlashes*) e objeções por parte da sociedade. (DE OLIVEIRA, 2011).

Nada obstante, boa parte da doutrina tradicional tende a apreender esta resistência às decisões judiciais, às Cortes como uma ameaça à própria

Constituição, tese que o constitucionalismo democrático procura combater. Vale dizer: ao invocar a Constituição para criticar uma decisão judicial, o cidadão manifesta o seu compromisso, a sua vinculação para com a Carta, na linguagem de uma tradição constitucional compartilhada, que se vê fortalecida, revigorada por esta atuação. Neste sentido, o modelo proposto por Robert Post e Reva Siegel objetiva demonstrar que mesmo a resistência, a contrariedade a uma interpretação judicial teria o condão de realçar, de contribuir para a legitimidade democrática da Constituição (DE OLIVEIRA, 2011).

Em linhas gerais, o constitucionalismo democrático busca identificar uma dimensão construtiva, procura realçar os benefícios do *backlash*, apesar de reconhecer eventuais custos provenientes de seus efeitos. De fato, não há como ignorar um viés paradoxal, conflitivo atinente ao *backlash*, porquanto ao mesmo tempo em que expressa o desejo dos cidadãos em influir no conteúdo constitucional, o fenômeno parece ameaçar a independência da lei (DE OLIVEIRA, 2011).

Portanto, a tensão é algo inerente à ordem, cenário onde o delineamento do significado constitucional se curva, ao mesmo tempo, aos anseios populares e à integridade do Estado de Direito.

Nesta seara, o constitucionalismo democrático relativamente se distancia das concepções de Michael Klarman e Cass Sunstein acerca do *backlash*, porquanto focadas apenas na perspectiva negativa atinente aos custos de seus efeitos, desconsiderando que o engajamento dos cidadãos no conflito constitucional pode contribuir de maneira determinante para a coesão social.

Nesta linha, sem receio de lidar com o *backlash* e seus efeitos, o modelo proposto por Robert Post e Reva Siegel reafirma o papel dos governos representativos e dos cidadãos em robustecer a Constituição, ao mesmo tempo em que reconhece o papel das Cortes na garantia de direitos constitucionais. (DE OLIVEIRA, 2011).

Desta feita, porquanto a mediania configura uma marca da virtude, a assimilação do constitucionalismo democrático enquanto uma perspectiva intermediária, moderada entre o constitucionalismo popular e uma concepção juriscêntrica, focada no Poder Judiciário, se afigura como uma profícua forma de conceber os desejáveis intercâmbios, o contínuo e necessário diálogo entre

a interpretação oficial das Cortes e a propugnada pelos cidadãos. (DE OLIVEIRA, 2011).

No cenário brasileiro contemporâneo, por óbvio, as reações às decisões do Supremo Tribunal Federal não se afiguram tão viscerais, violentas como nos Estados Unidos, notadamente porque nosso país conta com uma tradição ainda recente de jurisdição constitucional, consolidada apenas a partir da Constituição de 1988. (DE OLIVEIRA, 2011). Isto não impede que o *backlash* também seja percebido na dinâmica brasileira, porquanto constitui relevante forma de engajamento informal da sociedade por intermédio da qual se pode desafiar, manifestar discordância da interpretação oficial perpetrada pelos juízes, dos entendimentos de forma salutar para realçar a legitimidade da constituição.

Portanto, conclui-se que quanto maior a disposição do Poder Judiciário em se arvorar da tarefa de expressar a mutação constitucional, especialmente quando na fronteira dos limites hermenêuticos da interpretação, maior o risco/possibilidade da produção de *backlash*, porquanto o mecanismo traz à baila questão atinente à legitimidade do Poder Judiciário em veicular e impor uma alteração na compreensão de um dispositivo constitucional que possa não corresponder às aspirações, ao sentimento e à identidade daquela comunidade. Contudo, imperioso observar, na esteira do constitucionalismo democrático, que mesmo a resistência, o desacordo pode ter o condão de revelar a vitalidade da discussão e a complexidade da temática, de maneira que se deve tentar buscar um equilíbrio entre o engajamento popular e a atuação do Poder Judiciário, porquanto, como já apregoadado, dentro de limites hermenêuticos, a interpretação/atuação de todos pode operar mudanças constitucionais informais.

## **5 CONCLUSÃO**

Tendo em vista a proposta desenvolvida na presente dissertação, no primeiro capítulo foi traçado um percurso da ascensão judiciário, notadamente no Brasil, a fim de que fossem entendidos os fenômenos da jurisdição constitucional, enquanto garantidora de direitos, e a judicialização então surgida. Este estudo demonstrou a demanda cada vez mais frequente pelas forças sociais face ao

Judiciário, que assume papel destacado na agenda de implementação dos valores constitucionais. Ao longo da pesquisa, nesse capítulo, busquei demonstrar como a proeminência judicial potencializa cada vez mais as interrelações jurídico-políticas, acentuadas ainda mais pelo amplo controle de constitucionalidade exercido no Brasil, ocasionando em “fórmulas explosivas de litigância constitucional”, e, conseqüentemente, de reações hostis. A jurisdição constitucional e protagonismo do judiciário são, assim, terrenos férteis para evidência de *backlashes*.

Evidenciado o contexto que é pano de fundo do *backlash* doméstico contra decisões judiciais – a expansão da capacidade normativa do direito através da jurisdição, que passa cada vez mais a regulamentar a sociabilidade e a vida privada dos indivíduos – fiz, no segundo capítulo, com o objetivo compreender o fenômeno, uma pequena incursão nos aspectos norteadores do *backlash*. Considerando que no primeiro capítulo evidenciou-se o contexto da redemocratização pós CRFB/1988 no qual o protagonismo judicial surge, pretendi evidenciar, neste segundo capítulo, que é pelo mesmo contexto que desacordos morais são cada vez mais inflamados e, justamente, aparentemente intermináveis (STRECK, 2019). Chega-se, então, à compreensão do *backlash*, aqui incluindo-se esclarecimentos das diversas formas de sua manifestação, contando com amplo apoio na pesquisa de Fonteles (2019).

Em seguida, após compreendido o pré-contexto das reações (protagonismo judicial), a forma que elas se dão e suas concepções, são apresentados casos representativos de posturas judiciais no direito comprado, bem como na jurisprudência recente brasileira.

O capítulo que encerra a presente pesquisa objetivou apresentar algumas questões avançadas pela doutrina a respeito do *backlash* e atuação do judiciário nesse contexto, partindo-se do conceito de crença (CRUZ, WYKROTA, 2018), para então articulá-las com os elementos trabalhados nos capítulos precedentes. A partir da constatação da jurisdição constitucional e o judicialismo, constata-se que cada vez que o judiciário se aforar ainda mais institucionalmente, munido de meios e modos para o exercício cada vez maior de atribuições também políticas, constata-se a maior probabilidade que desencadeie uma reação *backlash*, porquanto o mecanismo traz à baila questão atinente à legitimidade do Poder Judiciário em veicular e impor uma alteração na compreensão de um dispositivo constitucional que possa não corresponder às aspirações, ao sentimento e à identidade da sociedade,

que demonstrou-se ser diversa e carregada de desacordos. Contudo, imperioso observar, na esteira do constitucionalismo democrático, que mesmo a resistência e o desacordo podem ter o condão de revelar a vitalidade da discussão e a complexidade da temática, de maneira que se deve tentar buscar um equilíbrio entre o engajamento popular e a atuação do Poder Judiciário.

Encerro estas considerações finais chamando a atenção para a relevância do *backlash*, porquanto constitui relevante forma de engajamento informal da sociedade, por intermédio da qual se pode desafiar, manifestar discordância da interpretação oficial perpetrada pelos juízes, dos entendimentos dominantes acerca do sistema constitucional, contribuindo de forma salutar para realçar a legitimidade da Constituição.

## REFERÊNCIAS

ABRAJANO, Marisa; HAJNAL, Zoltan L. *White Backlash*. Princeton University Press, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Jurisdição Constitucional: a tênue fronteira entre o Direito e a Política**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>. Acesso em: 30 de outubro de 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Disponível em: < [BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. \*\*Revista Brasileira de Políticas Públicas\*\*. Brasília, v. 5, p. 23-50. Número Especial, 2015.](https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=2#:~:text=Assim%2C%20desde%20o%20in%C3%ADcio%20da,submetido%2C%20caso%20a%20considerere%20inconstitucional.> . Acesso em: 30 de outubro de 2018.</p></div><div data-bbox=)

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 12, n. 96, p. 05-43, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(Syn) thesis**, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2012.

BRASILEIRO, Emídio Silva Falcão. **O Direito Natural visto à luz da lei da ação e reação de Isaac Newton: uma proposta de reflexão**. Lisboa: 2014. Disponível em: <<http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/410/1/Tese%20de%20Em%C3%ADdio%20Brasileiro%20%282%29.pdf>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 845.779. SANTA CATARINA 0057248-27.2013.8.24.0000, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, André dos Santos Fialho e Beiramar Empresa Shopping Center LTDA, 22 de outubro de 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132**. Relator: Luiz Fux. Diário de Justiça Eletrônico, 13 dez. 2011. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598238>>. Acesso em: 15 out. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442**. Relatoa: Rosa Weber. Diário de Justiça Eletrônico, 13 dez. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em: 15 out. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta De Inconstitucionalidade nº 4.277**. Relator: Luiz Fux. Diário de Justiça Eletrônico, 24 nov. 2011. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>>. Acesso em: 15 out. 2018.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 96/2017**. Acrescenta § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm)>. Acesso em: 15 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 15 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.364, de 29 de novembro de 2016**. Eleva o rodeio, a vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm)>. Acesso em: 15 out. 2018

BRASIL. **Resolução nº 175 de 14 de maio de 2013**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>>. Acesso em 15 out. 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 478, de 2007**. Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=443584](https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=443584)>. Acesso em: 15 out. 2018

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.583, de 2013**. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>>. Acesso em: 15 out. 2018.

CARTA CAPITAL. **Estatuto do Nascituro avança na Câmara em meio à crise política**. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/estatuto-do>>

nascituro-avanca-na-camara-em-meio-a-cri-se-politica>. Acesso em: 30 de outubro de 2018.

CARTA CAPITAL. **Manifestantes vão às ruas contra Estatuto do Nascituro em SP e RJ.** Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/manifestantes-vao-as-ruas-contr-a-estatuto-do-nascituro-em-sp-e-rj-1283.html>>. Acesso em: 30 de outubro de 2018.

CEARÁ. **Lei nº 15.299 de 2013.** Regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado do Ceará. Disponível em: <<https://www.al.ce.gov.br/legislativo/legislacao5/leis2013/15299.htm>>. Acesso em: 15 out. 2018.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; WYKOTA, Leonardo Martins. **O Pensamento Jurídico e Suas Crenças.** Belo Horizonte: Arraes Editora, 2018.

DE OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza; DE OLIVEIRA, Larissa Pinha. Abrindo, lendo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, backlash e hermenêutica Opening, reading and writing the pages of the novel chain: dialogue, backlash and hermeneutics. **Juris Poiesis**, p. 103, 1999.

DE OLIVEIRA, Larissa Pinha. **Parâmetros Hermenêuticos da Mutação Constitucional.** 2011. Tese de Doutorado. PUC-Rio.

DE OLIVEIRA, Moisés Mileib. **O Ativismo Judicial e a Tutela da Cidadania.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. STRECK, Lênio Luiz. **A Resposta Hermeneutica à Discricionariedade Positivista em Tempos de Pós-Positivismos.** São Paulo: Editora Método, 2009.

ESKRIDGE JR., William N. Backlash Politics: How Constitutional Litigation Has Advanced Marriage Equality In The United States. **Boston University Law Review.** 2013.

FALUDI, Susan. Backlash: The undeclared war against American women. Crown, 2009

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB, 14ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, vol.1.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A aplicação do Direito Civil e os desacordos morais razoáveis. 2016. Disponível em: <<https://www.cers.com.br/noticias-e-blogs/noticia/a-aplicacao-do-direito-civil-e-os-desacordos-morais-razoaveis;jsessionid=eAWfcARUudwiPXSM0fgj9AbS.sp-tucson-prod-10>>. Acesso em: 03 dez. 2019.

FONTELES, Samuel Sales. *Direito e backlash*. 2019.

FRIEDMAN, Barry. **Mediated Popular Constitutionalism**. *Michigan Law Review*, v. 101, 2003.

GALUPPO, Marcelo Campos. A hora de brilhar: direitos fundamentais na trilha da Literatura. *In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). Constituição e democracia: fundamentos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 263 – 276.

GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva B. Before (and after) *Roe v. Wade*: New questions about backlash. *Yale LJ*, v. 120, p. 2028, 2010.

HANSEN, Jaqueline Resmini; FERREIRA, Maria Alice Silveira. Da polarização à busca pelo equilíbrio: as relações entre internet e participação política. *Revista Eletrônica de Ciência Política*, v. 9, n. 1, 2018.

KLEINLEIN, Thomas; PETKOVA, Bilyana. Federalism, Rights, and Backlash in Europe and the United States. *International Journal of Constitutional Law (I.CON)*, Oxford University Press, v. 15, n. 4, pp. 1066-1079, 2017.

REISSINGER, Simone. **Ativismo Judicial e o Minimalismo de Cass Sustein: uma abordagem interpretativa do direito à saúde no Brasil**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

KLARMAN, Michael. *Courts, Social Change, and Political Backlash*. *In: Hart Lecture at Georgetown Law Center*, March 31, 2011 – Speaker's Notes

KLARMAN, Michael J. How Brown changed race relations: The backlash thesis. *The Journal of American History*, v. 81, n. 1, p. 81-118, 1994.

MALTA, Magno. **Projeto de Decreto Legislativo nº 106, de 2013**. Susta os efeitos da Resolução nº 175, de 2013, do Conselho Nacional de Justiça, que "dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo". Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=112745&voto=contra>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

MARMELSTEIN, George; NO CEARÁ, Juiz Federal. Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial. **Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro**, p. 3, 2016.

MESQUITA, Caio Cipriano. **O acesso ao banheiro por transexuais como condição básica para o apoderamento do espaço público: a utilização da teoria do desacordo moral razoável no RE 845.779/SC.** 2016.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** 2008. Dissertação (Doutorado em Ciências Políticas). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MIRANDA FILHO, Renato. **Um arcabouço para pesquisas de opinião em redes sociais.** Dissertação (Mestrado em Ciência da Computação) - Universidade Federal De Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

MORO, Sergio Fernando. A Corte Exemplar: Considerações sobre a Corte de Warren. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**

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](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189)>

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harv. CR-CLL Rev.**, v. 42, p. 373, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS, Alessia Pamela Bertuleza. **O Backlash Silencioso: notas sobre a EC 91/2016 The Silent Backlash.** 2017. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/roj0xn13/86ctbmy7/rA07U56JydrnVcnq.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2019.

SENADO FEDERAL. **Mais de 80% dos brasileiros acreditam que redes sociais influenciam muito a opinião das pessoas.** 2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/materias/pesquisas/mais-de-80-dos-brasileiros-acreditam-que-redes-sociais-influenciam-muito-a-opiniao-das-pessoas#:~:text=A%20percep%C3%A7%C3%A3o%20de%20que%20as,os%20que%20tem%20escolaridade%20superior.>> Acesso em: 03 dez. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista. **DIMOULIS, Dimitri. DUARTE, Élcio Oto. Teoria do direito neoconstitucional.** São Paulo: Método, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

STRECK, Lenio Luiz; MORBACH, Gilberto. (Autonomia do) Direito e desacordos morais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SUNSTEIN, Cass R. **A Constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before**. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. Backlash's Travels. **Harv. CR-CLL Rev.**, v. 42, n. 2, 2007.

SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

SUNSTEIN, Cass R. Backlash's Travels. **Public Law Working Paper**, n. 157, 2007.

TUSHNET, Mark. Popular Constitutionalism as Political Law. **Chicago-Kent Law Review**, Vol. 81, pp. 991-1006, 2006. pp. 991

UOL. **Supremo aprova antecipação de parto de feto anencéfalo**. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ciencia/ultimas-noticias/redacao/2012/04/12/supremo-aprova-antecipacao-de-parto-de-feto-anencefalo.htm#fotoNav=48>>. Acesso em: 10 out. de 2018.

FUX, Luiz. Cortes Constitucionais e Democracia: O Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988, p. 255-273. In: TOFFOLI, José Antonio Dias (organizador). **30 Anos da Constituição Brasileira: Democracia, Direitos Fundamentais e Instituições**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.