



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO EM PRÁTICA JUDICANTE**

CARMEM TACIANA LIMA OLIVEIRA

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA SOBRE DESACORDOS MORAIS:
UMA ANÁLISE DO EFEITO BACKLASH AMERICANO**

CAMPINA GRANDE-PB

2020

CARMEM TACIANA LIMA OLIVEIRA

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA SOBRE DESACORDOS MORAIS:
UMA ANÁLISE DO EFEITO BACKLASH AMERICANO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de especialista em prática judicante.
Área de concentração: Direito Público. Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Costa Ferreira.

CAMPINA GRANDE-PB
2020

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

O48j Oliveira, Carmem Taciana Lima.
Jurisdição constitucional brasileira sobre desacordos morais [manuscrito] : uma análise do efeito backlash americano / Carmem Taciana Lima Oliveira. - 2020.
45 p.

Digitado.
Monografia (Especialização em Prática Judicante) - Universidade Estadual da Paraíba, Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa, 2021.
"Orientação : Prof. Dr. Rodrigo Costa Ferreira, Coordenação do Curso de Direito - CCJ."

1. Supremo Tribunal Federal. 2. Jurisdição constitucional. 3. Desacordos morais. 4. Constitucionalismo democrático. 5. Backlash. I. Título

21. ed. CDD 342

CARMEM TACIANA LIMA OLIVEIRA

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA SOBRE DESACORDOS MORAIS:
UMA ANÁLISE DO EFEITO BACKLASH AMERICANO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de especialista em prática judicante.
Área de concentração: Direito Público. Direito Constitucional.

Aprovada em: 29/09/2020.
Nota: 10,0

BANCA EXAMINADORA


UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS-CCJ
Prof. Rodrigo Costa Ferreira
Deptº Direito Privado-Mat. 125267-6

Prof. Dr. Rodrigo Costa Ferreira (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)
Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN)



Prof. Dr. Marcelo Alves Pereira Eufrásio
Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas (UNIFACISA)



Prof. Dr. Sérgio Cabral dos Reis
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

À minha saudosa tia Fátima, grande pesquisadora, pelo amor, dedicação e entrega, DEDICO.

AGRADECIMENTOS

Aos familiares e amigos, pelo infindável apoio durante todo este tempo, cujas mensagens de incentivo foram primordiais para o término deste trabalho durante a pandemia do COVID-19. Mostraram-me, quando mais precisei, que inexistem objetivos impossíveis quando empregado trabalho, persistência e dedicação. Portanto, todo meu carinho e amor.

Aos meus pais, Edmar e Nilvana, por serem responsáveis pela minha verdadeira formação e nunca medirem esforços para a realização dos meus sonhos. Às minhas irmãs que me completam e Mariah por iluminar os meus dias.

À Caio, companheiro de todos os momentos, obrigada por ser o meu maior incentivador e impulsionador. É maravilhoso compartilhar a jornada com você.

Aos colegas de turma (CPM 2019.1) que se tornaram amigos, obrigada por tornarem a caminhada mais leve. Que sigamos em torcida e apoio mútuo.

Eterno agradecimento a todos os servidores da 8ª Vara Cível, aqui homenageados em nome de Dra. Lua Yamaoka, a quem dedico a significação que a residência jurídica assumiu como experiência profissional, sempre com sua humildade, brilhantismo e espírito de liderança. Foram inesquecíveis meses de profundo aprendizado.

Aos professores da ESMA, representados nos nomes da Profa. Rosimeire Ventura e Profa. Higyna Josita, obrigada por enriquecerem as noites durante o período R1 com os seus conhecimentos, com muita maestria e dedicação, inspirando-nos com todo entusiasmo e motivação pela atividade judicante.

Ao Prof. Rodrigo Costa, por me orientar com zelo e paciência durante este percurso, sem ele este trabalho não seria possível.

À Ana e Verinha, o sorriso e o acolhimento diários de vocês sempre foram um incentivo. Levarei-as para sempre como exemplos de competência e dedicação.

Meus sinceros agradecimentos e admiração a todos que, direta ou indiretamente, contribuíram com o presente estudo.

“Direito não é uma pura teoria, mas uma força viva”.

(Rudolf Von Ihering)

RESUMO

O Poder Judiciário assumiu um relevante papel na atualidade, principalmente quando se trata da jurisdição constitucional, exercida precipuamente pelo Supremo Tribunal Federal, no controle de constitucionalidade e no julgamento de questões com reconhecida repercussão geral. Assim, além de questões significativas do ponto jurídico, político e econômico, que transcendem o interesse subjetivo no processo, destacam-se as causas que envolvem os desacordos morais, motivo para controvérsia e profundas discussões no seio social. Por essa razão, surgem os debates atuais e inovadores sobre o efeito *backlash*. O objetivo geral deste estudo é analisar como se manifesta o *backlash*, teoria baseada em estudos jurídicos norte-americanos, no contexto da jurisdição constitucional brasileira em desacordos morais, políticos e econômicos. Para tanto, essa pesquisa se caracteriza como bibliográfica e documental, a partir da exploração de normas, doutrinas, jurisprudências e votos dos ministros do STF. Num primeiro momento, busca contextualizar o efeito *backlash*, através de sua definição terminológica e o seu desenvolvimento no cenário jurídico norte-americano. Num segundo momento, analisa-se os aspectos envoltos ao desempenho da jurisdição constitucional, bem como a discussão hermenêutica que envolve a atividade de julgar. Em seguida, explora o conceito dos desacordos morais, também conhecidos como *hard cases*, sob a ótica da solução de conflitos no âmbito judicial. E, por fim, são abordados os desdobramentos do efeito *backlash* no contexto brasileiro, através do estudo das principais decisões do Supremo Tribunal Federal - STF que promoveram algum impacto reacionário e envolviam questões de notório desacordo moral na sociedade.

Palavras-Chave: Jurisdição Constitucional. Desacordos Morais. Constitucionalismo Democrático. Backlash. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The Judiciary has assumed an important role these days, especially when it comes to constitutional jurisdiction, exercised primarily by the Supreme Federal Court, in the concentrated control of constitutionality and in the judgment of issues with recognized general repercussion. Thus, in addition to significant issues from the legal, political and economic point of view, which transcend the subjective interest in the process, the causes involving moral disagreements are highlighted, a reason for controversy and deep discussions in the social context. For this reason, current and innovative debates about the backlash effect are arising. The general objective of this study is to analyze how the backlash, a theory based on North American legal studies, manifests itself in the context of the Brazilian constitutional jurisdiction in moral, political and economic disagreements. To this end, this research is characterized as a bibliographical and documental, from the exploration of norms, doctrines, jurisprudence and vows of the STF ministers. Initially, it seeks to contextualize the backlash effect, through its terminological definition and its development in the North American legal scenario. In a second moment, the aspects involved in the performance of constitutional jurisdiction are analyzed, as well as the hermeneutic discussion that involves the activity of judging. Next, it explores the concept of moral disagreements, also known as hard cases, from the perspective of conflict resolution in the judicial sphere. And, finally, the unfolding of the backlash effect in the Brazilian context is addressed, through the study of the main decisions of the Supreme Federal Court - STF which promoted some reactionary impact and involved issues of notorious moral disagreement in society.

Keywords: Constitutional Jurisdiction. Moral Disagreements. Democratic Constitutionalism. Backlash. Supreme Federal Court.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|------|--|
| ADC | Ação Declaratória de Constitucionalidade |
| ADI | Ação Direta de Inconstitucionalidade |
| ADPF | Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental |
| CF | Constituição Federal |
| EC | Emenda Constitucional |
| EUA | Estados Unidos da América |
| HC | Habeas Corpus |
| PL | Projeto de Lei |
| RE | Recurso Extraordinário |
| STF | Supremo Tribunal Federal. |

SUMÁRIO

| | | |
|----------|--|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO | 11 |
| 2 | EFEITO BACKLASH: CONCEITO E ORIGEM..... | 13 |
| 3 | JURISDIÇÃO E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL..... | 20 |
| 4 | DESACORDOS MORAIS E POLÍTICOS: CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS..... | 25 |
| 5 | BACKLASH E O DIREITO BRASILEIRO..... | 31 |
| 6 | CONCLUSÃO..... | 38 |
| | REFERÊNCIAS | 42 |

1 INTRODUÇÃO

A crescente judicialização no Brasil tem incentivado novas discussões no âmbito da interpretação e aplicação da Constituição Federal e demais leis esparsas, notadamente quanto ao papel desempenhado pelo Poder Judiciário, em um contexto social pluralista e heterogêneo.

Assim, os dados relativos ao exercício da jurisdição no país têm crescido continuamente, tendo em vista a forte influência de uma cultura de litigância no seio social. Atualmente, vislumbra-se a imposição de decisões judiciais envolvendo questões políticas, culturais, sociais, execução de políticas públicas e temas contramajoritários, em especial tratando sobre a garantia de direitos fundamentais estabelecidos pela Carta Magna.

Nesse sentido, destaca-se a relação entre direito e política, despertando os estudos quanto às reações sociais, partindo da noção de que o poder é atribuído ao povo e, portanto, é ator e destinatário das relações jurídicas. Busca-se estabelecer uma pesquisa contextualizada no conceito americano de reação social, intitulada de efeito *backlash*, como manifestação dos cidadãos às decisões da Suprema Corte Americana envolvendo temas polêmicos e controvertidos na sociedade, categorizados como desacordos morais pela doutrina, a citar os casos *Brown v. Board Education* e *Roe v. Wade*.

Em decorrência desse fenômeno, verifica-se o anseio social para que os tribunais uniformizem seus entendimentos, conduzindo-os à desejada segurança jurídica. Portanto, com o fito de contextualizar o presente estudo, verificável em vários países e respectivas cortes superiores, busca-se analisar o efeito *backlash*, reação conservadora ou progressista da população, conforme a atuação dos tribunais seja ampliadora ou restritiva, desde que contrária ao *status quo* defendido por determinado grupo.

A questão que norteará o desenvolvimento deste estudo está centrada na seguinte problemática: Como se manifesta o efeito *backlash* americano em desacordos morais no contexto da jurisdição constitucional brasileira?

A pesquisa, em função dos objetivos, teve como fonte de investigação os seguimentos e instrumentos documentais e bibliográficos. No levantamento bibliográfico e documental, a primeira preocupação será adquirir conhecimentos, selecionar as obras e jurisprudências que norteiam a discussão em torno do objeto de estudo. Para isso, optou-se pelo emprego primordialmente do método dedutivo.

As principais fontes documentais são a Constituição Federal de 1988 e a jurisprudência produzida pelo Supremo Tribunal Federal. As fontes bibliográficas são textos doutrinários, dissertações, teses, livros e artigos científicos que tratam sobre a jurisdição constitucional,

desacordos morais, o ativismo judicial, decisões da Suprema Corte envolvendo temas contramajoritários, constitucionalismo democrático e o efeito *backlash*.

Neste sentido, objetiva analisar as manifestações da realidade social, em resposta à expansão do Judiciário em matérias constitucionais, com decisões que inovam na ordem jurídica, econômica e política.

Para tanto, na segunda seção, iniciaremos o debate sobre a origem do termo e o contexto em que se desenvolveu, apresentando brevemente as principais teorias relacionadas ao tema. Em seguida, no capítulo 3, discutiremos acerca do papel jurisdicional, hodiernamente desempenhado na interpretação constitucional. No capítulo 4 serão explorados os desacordos morais, também conhecidos como *hard cases*, quando submetidos à solução de conflitos no âmbito judicial, a fim de compreender a motivação que origina a reação social. E, por fim, abordaremos os desdobramentos do efeito *backlash* no contexto brasileiro, através de estudos correlacionados, cujos objetos envolvem as principais decisões do Supremo Tribunal Federal - STF, associadas aos desacordos morais no seio social e aptas a ensejar determinado impacto reacionário.

Justifica-se a necessidade de uma maior atenção ao Poder Judiciário, especialmente nas direções estabelecidas na defesa e garantia dos direitos fundamentais. Ademais, o fenômeno *backlash* é carente de estudos e pesquisas científicas, especialmente no direito brasileiro, sendo poucas as fontes de viés sociológico e jurídico que tornem públicas as teorias sobre o estudo.

Ademais, ao discutir o *backlash*, este trabalho expõe a tendência a uma nova proposta de argumentação jurídica. Da análise dos julgamentos, percebe-se que os ministros do STF já têm recorrido a este tipo de teoria como forma de gerar persuasão jurídica. Nesse ponto, relaciona-se, ainda, com os estudos sobre a teoria do consequencialismo jurídico, pautada em antever os resultados no plano fático e jurídico em função de eventual atuação judicial.

As reflexões sobre o *backlash* analisa a sociedade como centro das decisões judiciais e alterações legislativas, aproximando-a do debate jurídico. Por conseguinte, analisaremos os aspectos que circundam a jurisdição constitucional sobre os desacordos morais, bem como as consequências jurídicas e políticas dos movimentos reacionários sociais, especificamente por meio do estudo dos principais julgados do STF.

Portanto, promover uma reflexão sobre os aspectos influenciadores da atividade jurisdicional assume importante relevância científica, principalmente com a análise de decisões atuais e inovadoras proferidas pelo Judiciário na atual conjuntura social e política do Brasil.

2 EFEITO BACKLASH: CONCEITO E ORIGEM

O conceito da palavra *backlash*, de origem americana, pode ser extraída do Oxford Dictionary of Current English (2001, p. 58), cuja definição é “1. a strong and angry reaction by a large number of people. 2. Recoil or freedom of movement between parts of a machine”.

Para o presente estudo, importa o primeiro significado do termo, utilizado no contexto americano como os movimentos reacionários de forte expressão e largo impacto, dado o grande número de pessoas envolvidas.

Conforme leciona Lenza (2019), a terminologia *backlash* sofreu diversas modificações, assumindo diversos sentidos. Inicialmente, referia-se ao brusco movimento ou pressão súbita incidentes sobre as partes de um mecanismo; em seguida, passou a ser utilizada no contexto político, para descrever reações desencadeadas por relevantes transformações civis e políticas, potenciais para a alteração do *status quo*; e, mais recentemente, empregada pela doutrina americana como a reação em face da atuação dos tribunais, especificamente quanto ao papel das Cortes perante assuntos significativos em determinado contexto histórico. Sobre este último, dedicar-se-á a presente pesquisa.

Ainda que de forma indireta, posto que o objeto deste estudo tem origem bastante recente, em *A Luta pelo Direito*, Rudolf Von Ihering (2017) aponta traços que remontam o que vem a ser definido por efeito *backlash*, ao sustentar que interesses particulares poderiam se unir em face de determinada postura adotada por instituições de representação, considerada ilegítima quando o “sentimento jurídico” do Estado não corresponde ao do povo.

E até não é somente nas naturezas dotadas de uma energia ou de uma violência particular que o sentimento jurídico pátrio se exalta e protesta contra idênticas situações. Estas acusações e estes protestos repetem-se às vezes por parte de uma população inteira, em certas manifestações que, segundo o seu objetivo ou segundo a maneira por que as considera e as aplica o povo ou uma determinada classe, podem ser consideradas como suplementos e adições populares às instituições do Estado (IHERING, 2017, p. 58).

Para Ihering (2017), as manifestações em defesa dos interesses políticos, coletivos e da Constituição são reflexos de como os próprios indivíduos agem em defesa dos próprios direitos na esfera privada.

Logo, quando na defesa do próprio direito, o indivíduo defende ao mesmo tempo a lei, constituindo um dever em face da coletividade. Para o referido filósofo, todos têm um papel a

desempenhar perante a sociedade, impondo-se a luta contra o arbítrio e a ilegalidade (IHERING, 2017).

Todos aqueles que fruem os benefícios do direito devem também contribuir pela sua parte para sustentar o poder e a autoridade da lei; em resumo, cada qual é um lutador nato, pelo direito, no interesse da sociedade (IHERING, 2017, p. 49).

Segundo a referida teoria, há o reconhecimento da “cooperação do indivíduo na obra comum da realização da ideia do direito” (IHERING, 2017, p. 49). Assim, quanto mais indivíduos sujeitam-se à inércia, tende a ampliar a situação crítica de não aplicação da lei e, conseqüentemente, do direito. Em semelhante entendimento:

Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade. Essa vontade tem consequência porque a vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis. Ao contrário, todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas (HESSE, 2009, p. 133).

Sobre esse sentimento perante a Constituição, também dispõe Robert Post e Reva Siegel (2007), ambos professores da *Yale Law School*, em que a legitimidade democrática pressupõe o reconhecimento de pertencimento ao documento constitucional, o que justifica as reivindicações e o engajamento popular em prol da concretização de seu significado.

O *backlash* propõe o estudo da própria pluralidade de pensamentos e valores, da irresignação contra modificações no cenário político ou jurídico, de ordem conservadora ou progressista, na medida em que alinhada ou contrária, respectivamente, ao que definem o *establishment* e a doutrina dominante.

De acordo com o professor Dan M. Kahan (2011), a polarização acentuada entre posições e pessoas é resultante de distintas perspectivas culturais, isto porque os indivíduos são inclinados à proteção da identidade de acordo com os pensamentos dominantes em seu grupo, marcados pelo compartilhamento de valores.

Neste diapasão, seus estudos observam que os tribunais, em geral, têm as decisões motivadas inconscientemente pelos valores de seus membros, o que afasta a confiança da sociedade em sua neutralidade. Por outro lado, as reações sociais contra as decisões judiciais

são resultantes da existência de grupos, ideologicamente opostos, que tentam atribuir as predisposições culturais e partidárias sobre aqueles que discordam (KAHAN, 2011).

Na Suprema Corte americana, isto é palpável de acordo com as indicações dos juízes segundo a agenda política dominante. Não obstante, a credibilidade das decisões dos tribunais superiores dependeria da afirmação de valores que são reconhecidos uniformemente perante a diversidade cultural (KAHAN, 2011):

The neutrality crisis is tractable. The way to resolve it, however, is not to construct a better constitutional theory; it is to equip constitutional practice with a more psychologically sophisticated understanding of how cultural meanings influence diverse citizens' perceptions of the law and how the Court's decisionmaking interacts with those meanings (KAHAN, 2011, p. 8).

Nesse sentido, ressalta-se que o conceito de *backlash* não se refere a qualificação da decisão, quanto a sua correção, e sim o nível de discordância que se manifesta através do conjunto de valores compartilhados por determinada comunidade (PIMENTEL, 2017).

O *backlash*, isto é, aqui compreendido como reação social perante uma decisão judicial de um tribunal superior, deve ser analisado sob os aspectos de exteriorização, intensidade e impacto.

Samuel Fonteles (2019, p. 74) categoriza as formas de exteriorização, em que a intensidade e o impacto das insatisfações populares apontariam a ocorrência do referido fenômeno, em 10 (dez) formas, sendo elas: críticas públicas ou publicadas, manifestações sociais, eleições atípicas, reações legislativas, indicações para o tribunal, impeachment, atos de desobediência civil, insubordinação de agentes, ataques institucionais e reações armadas.

Segundo o autor, segue-se uma ordem cronológica em que a intensidade dos estágios é majorada, todavia, de forma relativa, posto que em determinados casos não houve sequer uma gradação de reações, sendo externados imediatamente por movimentos mais violentos. Afirma, ainda, que a partir do sintoma 'atos de desobediência civil', o *backlash* pode tomar contornos antijurídicos, com vistas a tolher a independência dos tribunais (FONTELES, 2019).

O caso *Brown v. Board of Education of Topeka* é uma decisão histórica da Suprema Corte dos Estados Unidos, no ano de 1954, acerca da inconstitucionalidade das leis que permitiam o acesso a escolas e transporte escolar separados para negros e brancos, em um sério contexto de discriminação racial nos EUA.

Provavelmente por essa razão, as consequências também foram de largo alcance, sendo um dos maiores exemplos para ilustrar o *backlash*. Com *Brown*, houve a ascensão de políticos conservadores, crescimento de "Conselhos de Cidadãos Brancos" e o retardamento na

conquista de direitos civis. Além de diversas manifestações sociais e críticas, foi caracterizada pela forte desobediência civil e insubordinação de agentes. Para não cumprirem com o dever de dessegregação, cinco estados sofreram emendas em suas constituições para tornar nulo o entendimento da Suprema Corte, e em outros as escolas foram privatizadas ou fechadas por autoridades, de forma que a decisão não alcançou os efeitos almejados, principalmente nos estados do sul (FONTELES, 2019).

Por sua vez, *Roe versus Wade*, em 1973, também é um marco para a jurisdição da Corte Norte Americana, ao decidir pela incompatibilidade com a Décima Quarta Emenda das leis que criminalizavam ou restringiam a realização de aborto no primeiro trimestre, sob o entendimento que seria da mulher o poder decisório acerca da continuidade ou interrupção de sua gravidez.

As consequências em *Roe* foram acompanhadas de violentas manifestações e comoção geral de grupos religiosos e apoiadores da causa *pro life*, o que gerou uma intensa reversão nos campos jurídico e político, em especial no resultado das eleições presidenciais e no processo de indicação dos juízes para a Corte, sendo uma causa decisiva até os dias atuais.

Nesse aspecto, “as reações legislativas foram inúmeras e, embora não tenham chegado a cancelar o precedente, esvaziaram significativamente a autoridade da decisão (FONTELES, 2019, p. 153).

Assim, além da ampla restrição ao aborto através da reversão legislativa em vários estados, dificultando o acesso ao procedimento, inflamou um forte ressentimento popular, revelado, inclusive, mediante reações armadas e ataques hostis por radicais (FONTELES, 2019).

Portanto, a Suprema Corte Americana, no período de 1954 a 1969, principalmente sob a presidência de Earl Warren, destacou-se pela notável atuação progressista e, portanto, recorrente alvo do fenômeno *backlash*.

Nesta linha, estabeleceu uma grande revolução constitucional, haja vista o seu papel ativo em questões consideradas carentes de atuação do processo político democrático, sendo uma de suas principais decisões o supracitado caso de *Brown*, em que conseguiu a unanimidade para considerar a segregação incompatível com os princípios de igualdade (MORO, 2001).

Warren, por exemplo, reordenou os distritos eleitorais americanos, tratando-os como uma matéria sujeita a revisão judicial e não mais como uma questão estritamente política, posto que envolvera igual participação para todos os votantes nas eleições, em promoção ao princípio da igualdade. Nos casos criminais, as decisões da Corte de Warren originaram maior número de respostas negativas na sociedade, provavelmente em razão do ascendente índice de criminalidade (MORO, 2001).

Não obstante a Corte de Warren ser memorável pelo ápice dos ideais progressistas, tal movimento sofreu uma desaceleração com o fito de evitar reações violentas e refratárias, como as experimentadas em *Brown v. Board Education* e *Roe v. Wade*, encampadas por sentimentos conservadores (POST, SIEGEL, 2007).

“If courts interpret the Constitution in terms that diverge from the deeply held convictions of the American people, Americans will find ways to communicate their objections and resist judicial judgments” (POST, SIEGEL, 2007, p. 374).

O receio dos progressistas consistia na possibilidade dos avanços sociais conquistados perante a Corte pudessem desencadear um forte ressentimento popular, resultando em um retrocesso superior às conquistas alcançadas, por isso “the urgent need for judicial caution and minimalism” (POST, SIEGEL, 2007, p. 373). Sustentado, ainda, na tese de que “a história revela que há umnexo etiológico entre o ativismo judicial em pautas progressistas e o fortalecimento da agenda conservadora no Legislativo e no Executivo” (FONTELES, 2018, p. 60).

Um exemplo foi a pena de morte nos EUA, que em 1972 foi considerada incompatível com a oitava emenda da constituição norte-americana no caso *Furman v. Georgia*, que veda as penas cruéis e incomuns. Todavia, nos anos seguintes, grupos conservadores dominaram os cargos eletivos, sob a defesa de endurecimento da legislação penal. Com isso, a mudança no quadro político possibilitou a edição de diversas leis aumentando o rigor das normas penais, inclusive ampliando a incidência da pena de morte (MARMELSTEIN, 2016).

Portanto, assim como o ativismo judicial foi estigmatizado como algo essencialmente negativo, em tese, por afetar o sistema democrático, há semelhante tendência em relação ao *backlash*. Todavia, não é razoável desconsiderar a importância do envolvimento popular, em promoção aos valores de cidadania.

Constitutional theorists of backlash who reason in a juricentric framework have generally been incurious about how commitment to our constitutional order is produced, and so they have tended to ignore or undervalue the forms of political engagement that create democratically legitimate constitutional meaning. A theorist who assumes that citizens identify with the Constitution and who never examines the understandings and practices that sustain this identification is likely to view backlash simply as a harm to be avoided. For these and other reasons, the model of democratic constitutionalism suggests that Klarman, Eskridge, and Sunstein may systematically overestimate the costs of backlash and underestimate its benefits (POST, SIEGEL, 2007, p. 391).

Os adeptos à abordagem juristocêntrica, tais quais, Klarman e Sunstein, limitam a análise do *backlash* a uma ameaça à solidariedade social, em supervalorização aos aspectos negativos do referido fenômeno, enquanto a corrente do constitucionalismo democrático, defendido por Robert Post e Reva Siegel, embora minoritário, defende a sua legitimidade, como estímulo aos movimentos democráticos, ao considerar o povo como integrante do processo interpretativo (FONTELES, 2018).

Cass Sustein, especificamente, ao tratar diretamente sobre o *backlash*, considerou o fenômeno como apto a impedir o exercício institucional da jurisdição, por resultar em uma desobediência social em contramão aos anseios da Corte, ameaçando-a (FONTELES, 2018). Desenvolveu, portanto, a tese do minimalismo judicial, em que pretende a estabilidade social ao sugerir que evitar conflitos é essencial na aplicação da Constituição, principalmente em desacordos morais, cujo compromisso é tão enraizado no sentimento popular que não deve ser desafiado por interferência judicial, especialmente quando não for necessário (POST, SIEGEL, 2007).

A restrição ao caso concreto posto em julgamento, para os defensores do minimalismo, evitaria a análise de elementos tangenciais, amplos e genéricos, a fim de reduzir os riscos, impedir o esvaziamento da causa defendida e proteger a integridade dos tribunais (DE OLIVEIRA, MENDES, 2018).

No entanto, como exemplo da canalização do efeito *backlash* para a concretização de direitos, destaca-se a técnica *dual track advocacy*, desenvolvida pelo advogado Evan Wolfson, assistente no caso *Baeh v. Lewin*, em que perseguia o reconhecimento do direito ao casamento homoafetivo. Com a adoção do referido método, internaliza-se possível convulsão popular, pois há uma preocupação com medidas de caráter político que são tangentes à demanda proposta, com o estabelecimento de estratégias jurídicas e políticas para edificação do direito judicializado (LEMOS, 2016).

Nesse caso, fica evidente a teoria do consequencialismo jurídico, tendo em vista que o juiz consequencialista, atento à análise das diversas alternativas disponíveis, a partir das respectivas consequências, também exemplifica uma possível preocupação com o desenvolvimento do *backlash*, posto que ao fundamentar as decisões sob a perspectiva da extensão de seus efeitos, não deixa de pretender, pois, o alcance de validade do exercício jurisdicional.

O diálogo público promove novas discussões jurídicas, ora ampliando-as, ora aprofundando-as. Saber administrar e lidar com os movimentos reativos, entendido como *backlash*, demonstra como a litigância estratégica, em que a adesão a via judicial é apenas uma das possibilidades para concretizar avanços sociais, pode gerar impactos positivos.

Neste contexto, percebe-se que as mudanças históricas são alavancadas pelos conflitos, que evitam a consolidação de modelos superados. A formação de uma unidade política garante a manutenção da ordem jurídica, porém não implica em uma sociedade uníssona e nivelada, tampouco a inexistência de diferenças sociais, políticas ou institucionais (HESSE, 2009).

Ademais, deve ser ressaltado que o estudo referenciado tem por objeto, precipuamente, as decisões da Suprema Corte Americana. No contexto do Brasil há que ser feita uma análise com as devidas adaptações, tendo em vista que as disposições constitucionais não permitem determinadas formas de exteriorização, principalmente pelo modelo de separação de poderes adotado pela Carta Magna, como também pelo fato de os juízes gozarem de garantias como vitaliciedade e inamovibilidade.

Com o atual contexto político, sua discussão apresenta alta relevância, embora embrionária no cenário brasileiro.

3 JURISDIÇÃO E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A carta constitucional assume relevantes contornos na estrutura jurídica e política do Estado, tais quais as funções de limitação de poder e de garantia de direitos, espelhando a vontade soberana do povo.

Nesse sentido, ao dissertar sobre os movimentos constitucionais, Canotilho (1993) define o constitucionalismo como a teoria do governo limitado para consecução dos fins garantísticos em uma organização político-social de uma comunidade. Em suas palavras:

Como já foi referido, as constituições ligam-se quer ao “nascimento do Estado” (*State-building*, na terminologia da moderna sociologia e ciência política americana) quer à “construção ou sedimentação de uma comunidade nacional (*Nation-building*). Daí a “representação” constitucional do Estado-Nação: um centro político – o *Estado* -, conformado por normas – as *normas* da Constituição – exerce a “coacção física legítima” – *poder* – dentro de um *território* nacional (CANOTILHO, 1993, p. 17).

O conteúdo da Constituição Federal de 1988 - CF, que marca a redemocratização do direito brasileiro, sendo de essência prolixa, não só dispõe acerca dos fundamentos da organização do Estado como também passa a prever valores e determinações políticas gerais, como as prescrições sociais.

A soberania decorre do próprio texto constitucional, posto que todo poder emana do povo (art. 1º, parágrafo único, CF/88), que se dá através de seus representantes, sendo eles, no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo, expressão de legitimidade política.

Por sua vez, cabe ao Poder Judiciário salvaguardar os direitos em face de possível lesão ou ameaça. E, segundo mandamento constitucional (art. 102, caput, CF/88), é o Supremo Tribunal Federal, parte da estrutura do judiciário brasileiro, o responsável pela função precípua de guarda da Constituição Federal.

No julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 5.105, sobre os direitos de antena e ao fundo partidário dos novos partidos políticos, excluídos pela Lei nº 12.875/2013, cujos artigos 1º e 2º foram declarados inconstitucionais, o ministro Luiz Fux (2015), como relator, nomeia os poderes estatais e os diversos segmentos da sociedade civil como ‘players’. Nesse sentido, poderíamos considerar o STF como último player, dado ser o detentor da “última palavra”?

O eminente Ministro aduz que, possuindo a última palavra em relação à interpretação da Constituição, no Estado Democrático de Direito, a decisão do STF em matéria constitucional

passa a ser compreendida com uma perspectiva de provisoriedade, em estímulo aos contínuos debates entre as instituições e os demais atores, a fim de evitar “fossilizar o sentido das disposições constitucionais, asfixiando a vontade popular soberana” (BRASIL, 2015, p. 15).

Destarte, a interpretação do sentido e do alcance das disposições constitucionais não pode ser vista como apanágio exclusivo do Supremo Tribunal Federal, em uma leitura anacrônica e arrogante do princípio da separação de poderes. Ao revés, a interpretação constitucional passa por um processo de construção coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um destes players contribui com suas capacidades específicas no embate dialógico, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional, sem se arvorar como intérprete único e exclusivo da Carta da República e no aperfeiçoamento das instituições democráticas (BRASIL, 2015, p. 28).

Destaca-se, entre os diversos estudos sobre o papel desempenhado pela Corte Superior, o constitucionalismo popular, cuja discussão questiona a legitimidade dos juízes para darem a última palavra acerca da constitucionalidade das normas, e o constitucionalismo democrático, no qual a revisão judicial pela Corte é reconhecida como função essencial na defesa dos direitos constitucionais, alinhado ao engajamento popular para a legitimação das instituições no mencionado processo (LENZA, 2019).

Outrossim, nessa discussão, sobreleva-se o aprofundamento acerca da hermenêutica, conhecimento crítico que estuda a compreensão, acepção e extensão dos significantes jurídicos. O objeto do presente estudo a direciona para a atividade interpretativa da Constituição, a fim de solucionar, no caso concreto, conflitos envolvendo bens e valores jurídicos protegidos pela Carta Magna.

Cabe salientar que a hermenêutica constitucional não se limita apenas ao Poder Judiciário, é uma tarefa presente em todos os Poderes e órgãos públicos e, de forma ampliativa, por todos aqueles que a vivenciam.

Segundo a teoria desenvolvida por Peter Häberle (2015), jurista alemão, denominada *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*, a sociedade deve ser integrada como sujeito ativo interpretativo, ou seja, como participante do processo de interpretação, assim como o Estado e esferas pública e privada. Ao contrário de uma sociedade fechada, a interpretação constitucional não deveria ser limitada com *numerus clausus* de intérpretes.

Defende que as forças sociais e privadas devem ser integradas como sujeitos ativos e não meros objetos da Constituição, ao contrário, “limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes “corporativos” ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significaria

um empobrecimento ou um autoengodo” (HÄRBELE, 2015, p. 27). Aduz, ainda, que “os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade” (HÄRBELE, 2015, p. 3).

Luís Roberto Barroso (2009), em *Interpretação e Aplicação da Constituição*, afirma que o intérprete constitucional persegue sempre a objetividade em sua atividade, mormente a neutralidade seja impossível. Para o doutrinador, as teorias clássicas entendem o direito como uma ciência completa, autossuficiente e equidistante da política. Com esta premissa, o Estado poderia alcançar a objetividade e cientificidade almejadas.

Embora dominante, as concepções clássicas esbarram na teoria crítica do direito, que considera a interpretação como movimento de transformação, sem afastar as ideologias inerentes aos partícipes do exercício hermenêutico, tanto do legislador quanto do intérprete da lei (BARROSO, 2009). Neste sentido, explica:

Além de não ser neutro, o direito não tem a objetividade proclamada pelo raciocínio lógico-formal de subsunção dos fatos à normal. Ao revés, é a indeterminação dos conteúdos normativos uma marca do direito. Mesmo o emprego dos mecanismos do direito posto conduz a resultados conflitantes, diante das possibilidades abertas pelo texto, circunstância que se torna ainda mais ostensiva quando se trata de normas constitucionais (BARROSO, 2009, p. 284).

Desse modo, no campo do *dever ser* do Direito, a atividade jurisdicional é estritamente imparcial e neutra, tendo como materialização a figura do juiz. Não obstante, discute-se a influência de outros fatores, que não dizem respeito à subjetividade do direito, propriamente dita, e sim experiências, valores, ideologias e tendências políticas que são inerentes ao intérprete, com impacto na atuação hermenêutica e, por conseguinte, no processo de convencimento.

De modo geral, o julgar é entendido como a ação de filtrar as atitudes ou fatos através de preconceções internas do ator, conforme as qualidades desenvolvidas, diante de diferentes interesses ou motivações a depender do conflito a que se pretende solucionar (PÊPE, 2015, p. 10).

Isto porque embora premissas como a neutralidade e a objetividade devam sempre serem observadas pelo operador jurídico, é importante diferenciá-las. Conforme dispõe Barroso (2009), a objetividade persegue a validade geral da decisão, enquanto a neutralidade é mais complexa e envolve diversos aspectos, tais quais, a impessoalidade e a imparcialidade. A

complexidade deriva da impossibilidade de relacionar o intérprete a uma posição de indiferença perante o resultado de seu trabalho.

A impossibilidade de chegar-se à objetividade plena não minimiza a necessidade de se buscar a objetividade possível. A interpretação, não apenas no direito como em outros domínios, jamais será uma atividade inteiramente discricionária ou puramente mecânica. Ela será sempre o produto de uma interação entre o intérprete e o texto, e seu produto final conterá elementos objetivos e subjetivos (BARROSO, 2009, p. 291).

Para o referido jurista, entre as alternativas possíveis, por vezes, o juiz primeiro escolhe o resultado para assim fundamentá-lo, hipótese em que busca promover os valores pessoais e o senso de justiça que lhes são intrínsecos (BARROSO, 2009). A par disso:

Nessa perspectiva, uma concepção da jurisdição, da função judicial e do papel do juiz passa, necessariamente, pela recompreensão do próprio homem, de seus compromissos, passa pelo reconhecimento comunitário da pessoa e da sua dignidade ética, mas também assume implicações normativas, consequentes dessa recompreensão e reconhecimento (ESPINDOLA, 2015, p. 38).

Conquanto os princípios da neutralidade, objetividade e imparcialidade sejam comumente utilizados como argumentos para subsidiar as críticas a diversas decisões judiciais, especialmente aquelas com potencial para alterar o *status quo* sobre determinado objeto jurídico, observa-se a possibilidade de serem conexas aos movimentos reacionários de ordem política, como será visto adiante. Posto que, diante de diversas alternativas decisórias, inexistente um resultado único, de aceitação ampla e irrestrita, a ser obtido através da atividade hermenêutica.

Ao analisar o direito segundo a jurisdição, Espindola (2015) afirma que, na atualidade, experimenta-se uma dualidade de premissas diametricamente opostas, decorrentes do Estado Democrático de Direito, em que a sociedade: a) valoriza o papel do Poder Judiciário, colocando-o em destaque; b) questiona e critica a própria atuação judicial, levantando aspectos como a judicialização da política, arbitrariedade, ativismo, morosidade e etc.

Quanto à primeira posição, seria consequência lógica dos anseios sociais daqueles que, ao revés, defendem a transformação do referido *status quo*, ou seja, de determinada realidade originária, em busca do reconhecimento de valores como a liberdade e igualdade. Em suas palavras:

O direito, assumida a sua dimensão hermenêutica, passa a demandar novos paradigmas, que, por sua vez, exigem novas formas de compreensão, que superem o direito-enquanto-sistema-de-regras e resgatem o mundo prático (faticidade) até então negado pelo positivismo e pelos valores liberais do Estado (ESPINDOLA, 2015, p. 30).

No cenário acima delineado, somada a sociedade plural e díspar na qual o contexto brasileiro está inserido, a concretização de direitos apenas poderá ser efetivada se fundada em razões constitucionais, de forma que o processo e o direito sejam delineados de forma substancial, ressaltando a compreensão prática/fática do sistema normativo, aproximando-se dos cidadãos (ESPINDOLA, 2015).

Assim, “o significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto e no seu condicionamento recíproco” (HESSE, 2009, p. 127).

As normas constitucionais, principalmente, têm sua essência nesta realidade, dependendo, pois, das condições históricas, econômicas e sociais para sua eficácia como norma jurídica. Quando as cortes constitucionais decidem os conflitos submetidos a sua jurisdição, a última palavra será adstrita à força normativa da Constituição dentro de condições reais a que são submetidas no processo interpretativo (HESSE, 2009).

A jurisdição constitucional, portanto, não se resume apenas ao processo de interpretação, integração e aplicação, consiste, essencialmente, em importante instrumento de transformação e avanço social.

4 DESACORDOS MORAIS E POLÍTICOS: CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Atualmente, quando a controvérsia dispõe sobre discussões morais, a concepção de embate cultural, político e filosófico, com preponderância de um entendimento sobre outro, tem-se diluído em uma argumentação racional e razoável, com propostas normativas compreensíveis indistintamente pelos diversos interlocutores, através de princípios universais.

Não obstante, em temas de elevada polarização ideológica e intenso desacordo moral, não é possível decidir de forma que atenda aos anseios e valores gerais, transmudando-se, na maioria das vezes, em insatisfação política dos grupos protetores do *status quo*.

Serious constitutional controversies, like all political controversies, are not to be solved by some magical methodological trick. Disagreement will not disappear merely because the Cour has chosen to frame its argument in one form ou another (POST, SIEGEL, 2007, p. 385).

Portanto, quando a Corte Superior interpreta a Constituição em termos diversos às convicções sociais, principalmente em *hard cases*, ou seja, em casos que o ordenamento jurídico e os precedentes firmados não oferecem uma solução predefinida ou de fácil subsunção normativa, além de envolver valores e visões pluralísticos, instala-se um conflito político com forte tendência a resistência e objeção aos julgamentos pela comunidade:

Judicial decisions addressing these issues provoke popular resistance because they are topics about wich Americans disagree and care passionately. Popular resistance signifies that Americans desire officials to enforce the Constitution in ways that reflecr their understanding of constitucional ideals (POST, SIEGEL, 2007, p. 379).

Dworkin (2010) elaborou um trabalho enfrentando a seguinte problemática: como os juízes enfrentam a filosofia no desenvolvimento do raciocínio jurídico, em especial em objetos acerca de “questões morais polarizadoras”. Em sua obra, afirmou que o ponto de contato entre a atuação do filósofo e a do juiz se refere à reflexão sobre a aplicação, conexão e conflitos relacionados aos princípios. Em outras palavras, “ambas profesiones apuntan más exactamente a formular y entender mejor los conceptos claves en los cuales se expresan nuestra moralidad política predominante y nuestra Constitución” (DWORKIN, 2010, p. 10).

Outrossim, em sua obra, Ronald Dworkin (2010) define os casos difíceis como aqueles que exigem, originalmente, uma reflexão e um exercício hermenêutico mais intenso sobre questões profundas acerca da moralidade e política. Explica que em casos assim, notadamente

em decisões judiciais sobre questões constitucionais, a discussão gira em torno dos próprios fundamentos que servem de base para as problemáticas, patente, pois, a complexidade.

Nesse caso, destacam-se os precedentes judiciais, orientadores para a atuação do juiz, não obstante sejam insuficientes diante de determinadas situações:

Inevitablemente los jueces confrontarán nuevos casos con nuevos giros que los obligarán a desarrollar los conceptos de maneras que no han sido anticipadas por los precedentes y, cuando lo hagan, emplearán necesariamente sus propios criterios sobre cuándo las personas son, de hecho, responsables de lo que hacen, o cuándo un acontecimiento determinado es realmente la causa de otro, y demás. Es cierto que incluso en los casos difíciles los jueces tienen la responsabilidad de respetar la integridad con la historia jurídica pasada: no deben apelar a los principios que no tienen fundamento en las decisiones anteriores y en la doctrina (DWORKIN, 2010, p. 12).

Portanto, para o referido filósofo, embora os precedentes atuem como limitadores da liberdade de atuação do juiz, é comum que haja fatos não alcançáveis pelas predisposições estabelecidas por tribunais, isto porque, em especial no âmbito do direito constitucional, a presença de conceitos difíceis (tais quais, liberdade, igualdade e democracia) impedem a existência de unanimidade, sendo uma utopia considerar que nossa legislação, história ou cultura possam esclarecer e explicar, de forma plena, qual seja o entendimento correto ou mais apropriado sobre esses temas (DWORKIN, 2010).

Segundo Dworkin (2010), é possível solucionar casos jurídicos por meio da aplicação de regras morais, desde que essas sejam recepcionadas pelo direito (pelas vias procedimentais adequadas) ao longo da elaboração dos precedentes jurídicos. E mais do que isso, as regras morais usadas como solução dos casos jurídicos difíceis devem manter a integridade em relação às regras constitucionais, a fim de manter o sistema coerente.

O desacordo moral para Ihering (2017) está presente nas injustiças. A lesão ou ameaça a determinado direito origina um choque de interesses em que se impõe a defesa do direito subjetivo ou concreto. Assim, a resistência às injustiças configura como defesa do próprio direito, e é um dever do interessado para manutenção do direito e conservação da moral. Explica da seguinte forma:

Opondo-lhe, pois, a tese seguinte: é um dever resistir à injustiça ultrajante que chega a provocar a própria pessoa, isto é, à lesão ao direito que, em consequência da maneira por que é cometida, contém o caráter de um desprezo pelo direito, de uma lesão pessoal. É um dever do interessado para consigo próprio, porque é um preceito da própria conservação moral; é um dever para com a sociedade, porque esta resistência é necessária para que o direito se realize (IHERING, 2017, p. 22).

Não obstante, em razão da pluralidade e heterogeneidade social, os direitos se manifestam diferentemente e em distintos níveis. A tutela dos bens depende de uma série de circunstâncias. Para lhes retratar, o autor realiza uma comparação entre os atores, detentores de direitos, e as condições de vida, cultura e experiência que a eles são próprias (IHERING, 2017).

Equipara, em exemplo, os danos de uma lesão à honra e à propriedade em face de um militar e um camponês, respectivamente. Para o primeiro, o direito à honra é inerente a sua atividade, e por isso a defende com todas as forças. Para o camponês, por sua vez, a propriedade e o trabalho são elementares de sua vida e se confundem com a própria personalidade (IHERING, 2017).

Ora, ponham-se estes homens nas cadeiras dos jurados, submeta-se aos oficiais um delito contra a propriedade e aos camponeses um delito contra a honra, faça-se depois a prova inversa, e ver-se-á a diversidade dos seus julgamentos (IHERING, 2017, p. 22).

Portanto, os julgamentos e a valoração dos direitos são diversos conforme o sentimento jurídico de cada indivíduo, pois, “dentro do seu direito defende cada interessado as condições morais da própria existência” (IHERING, 2017, p. 33).

O sentimento jurídico tratado por Ihering (2017), utilizado no presente estudo para embasar a diversidade com que é tratada semelhantes valores por diferentes indivíduos, é aplicável tanto no direito privado quanto no direito público, na medida em que as lesões às instituições jurídicas ou aos valores abstratos intrínsecos são compatíveis com o nível de ameaça às condições particulares de suas existências.

O grau de energia com que o sentimento jurídico reage contra uma lesão do direito é a meus olhos uma medida certa da força com que um indivíduo, uma classe ou um povo compreende, por si e pelo fim especial da sua vida, a importância do direito, tanto do direito em geral, como de uma instituição isolada do direito (IHERING, 2017, p. 33).

Para Canotilho (1993), no mundo pós-moderno, os direitos individuais constituem a essência normativa do Estado Constitucional, com cada singularidade considerada em um universo plural. Assim, ao considerar a intersubjetividade entre os direitos do homem, inexistiria universalidades, verdades apodícticas, valores éticos indiscutíveis ou dogmatismos morais.

Os desacordos morais, conforme os ensinamentos de Barroso (2018), representam os *hard cases*, em que presente uma acentuada subjetividade e polarização dos valores envolvidos. A ausência de uma fórmula para a decisão nestes casos atribui ao juiz uma margem livre de interpretação, hipótese “que se torna, assim, coparticipante do processo de criação do Direito” (BARROSO, 2018, p. 2193). Como bem refere, o direito não pode ser dissociado da política, na medida que o processo de tomada de decisão sofre a influência de outros fatores que não se limitam ao suporte jurídico.

Segundo Samuel Sales Fonteles (2019), as decisões que abordam assuntos sensíveis para determinada parcela da sociedade, despertam o que o autor nomeou de *gatilho político invisível*. Todavia, explana que os desacordos morais demonstrariam menor impacto reativo quando tratados pelo Poder Legislativo, por afastar a discussão acerca da (i)legitimidade dos Tribunais. Neste seguimento, Konrad Hesse leciona que “a vontade e a conduta do legislador democrático gozam de uma presunção de constitucionalidade; a ele, legislador, corresponderá em primeira linha a conformação jurídica das relações sociais” (HESSE, 2009, p. 120).

Existem normas que despertam grande interesse da opinião pública, provocam discussões permanentes e possuem maior controle e envolvimento de participantes pluralistas. Em objetos de controvérsias, Häberle (2015) aduz que “no caso de uma profunda divisão da opinião pública, cabe ao Tribunal a tarefa de zelar para que não perca o mínimo indisponível da função integrativa da Constituição” (HÄRBELE, 2015, p. 45), posto que os dissensos constitucionais revelam o interesse público e ameaçam a unidade constitucional.

No Brasil, as marcas de uma tradição positivista, ligadas a limites legais e imperativos, e procustiana, enrijecida pelo estabelecimento de medidas e limites, contrasta com a formação de uma cidadania participativa e protagonista das autonomias almejadas, que deve promover um intenso debate de opiniões e ideologias (PÊPE, 2015).

O dissenso sobre valores não deve ser considerado uma problemática, especialmente quando elevado a uma discussão racional, na qual os pontos de vista divergentes podem ser explanados por todos participantes do debate jurídico (SCHUARTZ, 2008).

Neste sentido, as divergências quanto aos valores não implicam necessariamente em uma irracionalidade dos dissensos. Em uma aproximação da comunidade jurídica e política que faz parte do processo decisório, é possível que os participantes adotem as preferências manifestadas por outros, sem eximir a existência de opiniões divergentes (SCHUARTZ, 2008).

Dessa forma, a divergência é tratada como estímulo para o debate e comunicação entre as pessoas, essencial para o processo de orientação política da sociedade, bem como direção para a produção das normas no contexto fático-político (SCHUARTZ, 2008).

A própria Carta Constitucional deixa espaços para atuação política, o que Konrad Hesse (2009) denomina “questões em aberto”, para que se promova uma maior discussão e unicidade política, com poder estabilizador, na medida em que “cria regras de ação e de decisões políticas; proporciona diretrizes e pontos de orientação para a política, mas sem poder substituí-la” (HESSE, 2009, p. 90).

Para o doutrinador Verdú (1988), é perceptível a existência de um processo político nos documentos constitucionais, entre as instituições e a atividade normatizadora, a fim de alcançar uma integração no âmbito político e social, em que os valores sociais são organizadores e reguladores. Assim lecionou:

La cultura político-constitucional occidental es el producto de una poderosa imaginación política, se ha tecnificado mediante la racionalización del poder logrando, a veces, la vinculación moral de los ciudadanos a las instituciones (VERDÚ, 1988, p. 9).

Desse modo, o direito não se põe distante da política, ao contrário, diante de múltiplas formas decisórias, utiliza as técnicas argumentativas com o fito de alcançar as características de racionalidade, em face da realidade fática-social. Essa questão faz parte, inclusive, do processo constitucional:

O muitas vezes referido processo político, que, quase sempre, é apresentado como uma subespécie de processo livre em face da interpretação constitucional, representa, constitucione lata e de fato, um elemento importante – mais importante que supõe geralmente – da interpretação constitucional (política como interpretação constitucional). Esse processo político não é eliminado da Constituição, configurando antes um elemento vital ou central no mais puro sentido da palavra: ele deve ser comparado a um motor que impulsiona esse processo. Aqui, verificam-se o movimento, a inovação e a mudança, que também contribuem para o fortalecimento e para a formação do material da interpretação constitucional a ser desenvolvida posteriormente (HÄRBELE, 2015, p. 34).

Luis Fernando Barzotto (2007), discorrendo sobre a necessidade de uso da razão na aplicação da lei, inclusive em dissídios versando sobre direitos fundamentais, afirma que igualmente faz-se necessária a utilização da isonomia. Para ele, em decisões que a lei é ignorada como fonte hermenêutica, especialmente em demandas sociais, o resultado é a não aplicação da lei, posto que se deve ter a noção de que a regra aplicada ao caso concreto deve ser entendida como precedente para casos semelhantes e futuros.

A violação da referida premissa resultaria, portanto, na quebra de segurança do sistema jurídico.

Sem uniformidade na aplicação, não há isonomia, e essa uniformidade obtida principalmente por um instrumento político: decisões de última instância sobre o conteúdo da lei que estabelecem precedentes. Uma lei aplicada de modos diferentes sobre o mesmo corpo de cidadãos perdeu seu caráter público, cívico. Ela não instaura uma ordem comum: foi privatizada (BARZOTTO, 2007, p. 241).

A concretização da democracia é vista, nesta toada, como a aplicação isonômica e igualitária perante a lei, o que não deve ser restringida apenas ao campo político, exige-se a uniformidade jurisprudencial, especialmente naquela produzida em última instância.

O estudo da diversidade de valores morais e políticos é importante para explicar possíveis motivações para a ocorrência do *backlash*, com relevância jurídica, pois aponta uma comoção social significativa ao ponto de retirar a eficácia da decisão judicial, com a ressalva de que tal inconformação não tem o poder, por si só, de modificar a ordem jurídica.

A reação legislativa, como será visto, é estudada como uma das formas mais expressivas de exteriorização do efeito ora estudado, não obstante a opinião pública não seja um fator decisório exclusivo para a implantação de determinada mutação legal, concorrendo outros fatores e interesses.

Embora as questões relativas aos desacordos morais tenham promovido a atuação jurídica dos tribunais, sob a aplicação da jurisdição constitucional e, por consequência, ativado os debates da sociedade civil e organizada, verifica-se que, para além do processo político parlamentar, o debate tem sido resolvido, indubitavelmente, através da incidência dos princípios elevados a normas constitucionais.

Com isto, para o presente estudo, afasta-se a ideia de que a jurisdição e política não são noções associadas, pois pensar em uma jurisdição livre de qualquer teor político é uma idealização atualmente distante dos estudos relacionados ao direito moderno.

5 BACKLASH E O DIREITO BRASILEIRO

No âmbito deste estudo, o fenômeno *backlash* será utilizado no contexto das decisões de guarda constitucional exercido pelo Supremo Tribunal Federal, em um sentido extremamente amplo, tanto como reações conservadoras quanto progressistas, visando a manutenção do *status quo* do direito defendido.

Isto porque, como visto, o efeito *backlash* se refere a uma teoria americana, aplicada a decisões controvertidas da Suprema Corte dos Estados Unidos, e já com pontuais manifestações no Brasil.

Embora alguns autores neguem a sua ocorrência no contexto brasileiro, é relevante pontuar que o efeito *backlash* é de recente aplicação e, apesar de escassos os estudos no cenário nacional, verifica-se que já é possível auferir o seu desenvolvimento, nos moldes das peculiaridades locais.

No julgamento da ADI 4.578, sob relatoria do ministro Luiz Fux, acerca da compatibilidade constitucional da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010), o referido Ministro mencionou, em seu voto, a respeito do fenômeno *backlash*:

A verdade é que a jurisprudência do STF nesta matéria vem gerando fenômeno similar ao que os juristas norte-americanos ROBERT POST e REVA SIEGEL (Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. Disponível em <http://papers.ssrn.com/abstract=990968>.) identificam como *backlash*, expressão que se traduz como um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos. É crescente e consideravelmente disseminada a crítica, no seio da sociedade civil, à resistência do Poder Judiciário na relativização da presunção de inocência para fins de estabelecimento das inelegibilidades (BRASIL, 2012, p. 27).

Na oportunidade, o relator Luiz Fux (2012) apresentou o atual contexto histórico-social vivenciado no país, com a crise de representatividade evidenciada no sistema político brasileiro, bem como o fenômeno da judicialização, cujos efeitos atribuíram maior autonomia e independência para o Poder Judiciário. Explica, ainda, que a atividade jurisdicional é dinâmica e mutável, conforme as alterações sociais e sistemáticas, portanto, encontra-se em constante evolução, tendo por expressão as inúmeras modificações em precedentes jurisprudenciais.

Nessa senda, emergem as incongruências sociais, cuja tensão ocorre entre as expectativas geradas pelos cidadãos, conforme os sentidos de justiça e moralidade, além de outros valores, em face do direito praticado nas decisões judiciais (BRASIL, 2012).

Quando esta tensão extrapola os contornos da razoabilidade, em uma resposta de irrisignação da sociedade, estará presente o estudo do *backlash*. Esse movimento reacionário é um fenômeno de peculiar manifestação na seara do Direito que, embora “livre” da aprovação popular, por vezes, atua como influenciador e moldador das decisões. Transcreve-se, para ilustrar, o seguinte trecho do referido voto:

Em outras palavras, ou bem se realinha a interpretação da presunção de inocência, ao menos em termos de Direito Eleitoral, com o estado espiritual do povo brasileiro, ou se desacredita a Constituição. Não atualizar a compreensão do indigitado princípio, *data maxima venia*, é desrespeitar a sua própria construção histórica, expondo-o ao vilipêndio dos críticos de pouca memória (BRASIL, 2012, p. 25).

No caso em tela, a reação social se manifestou através do intenso debate entre a sociedade civil organizada, com a mobilização para recolhimento de assinaturas para a propositura de projeto de lei, expressamente contrária ao entendimento jurisprudencial até então firmado, no caso, a submissão da inelegibilidade à condenação transitada em julgado, além de diversas críticas na imprensa em todo o país (BRASIL, 2012).

Obviamente, o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular (BRASIL, 2012, p. 27).

O julgado da ADI nº 4.578 é importante para o presente estudo, em particular o voto do relator acima discutido, porque faz um link, de forma inaugural, entre o efeito *backlash* e as reações sociais no contexto brasileiro, considerando-as de forma explícita.

Da mesma maneira, os argumentos balizados nos argumentos da relatoria são de interessante análise: a) traz o fenômeno do “sentimento constitucional”, como expressão da legitimidade democrática do constitucionalismo, e b) remonta a teoria da sociedade aberta de intérpretes, de Häberle, já mencionada neste estudo, em que explica a necessidade de considerar as razões dos diversos integrantes do processo de interpretação, mormente seja do STF a decisão final (BRASIL, 2012).

Por sua vez, a tese do sentimento de constitucional foi introduzida pelo teórico Pablo Lucas Verdú, segundo a qual a concretização da Constituição e dos direitos fundamentais não só dependem de premissas técnico-jurídicas como de uma consciência social e geral, ou seja,

de um mínimo de reconhecimento, caracterizado como um aspecto psico-sociológico de aceitação e obediência por seus destinatários (BULOS, 2018). Assim afirma:

El tener Constitución es un paso importante para estar en ella. Existe así, una correspondencia armónica, permanente y admitida por el Pueblo. Tampoco se trata de estimar más a una faceta de tenerla además de estar en ella. Así, pues, tanto tenerla y respetarla como mantenerla armoniosamente durante mucho tiempo apoyada por la ciudadanía es importante (VERDÚ, 2009, p. 10).

Nesse aspecto, resta demonstrado a inegável influência social sobre as decisões judiciais, notadamente as relacionadas à jurisdição constitucional, posto que as próprias disposições da Carta Magna dependeriam do sentir da sociedade para a sua efetividade no plano real.

Ademais, na jurisdição constitucional, a própria Constituição é o limite da técnica para a interpretação daqueles direitos gerais e abstratos que, por estas mesmas características, permitem maior amplitude argumentativa em torno de suas discussões. Levar em consideração a opinião social, manifestada por diversas formas através do *backlash*, como um fator influenciador na decisão jurídica é o ponto de contato entre os adeptos do minimalismo judicial ou do constitucionalismo democrático, anteriormente abordados.

Barroso (2018) propõe o estudo da função do Poder Judiciário em três perspectivas, sendo elas, contramajoritária, quando contrário aos atos de outros Poderes, em tutela dos direitos fundamentais; representativa, quando respondem os anseios sociais que representam a maioria, não atendidas pelos Poderes ordinariamente legitimados; e iluminista, em consonância com o processo civilizatório, ao romper determinada ordem em busca de avanços sociais, como uma imposição do processo civilizatório.

De maneira geral, a interseção entre os três papéis desempenhados no exercício da jurisdição acima referidos envolve os desacordos morais, também denominados *hard cases*, nos quais a inexistência de solução predefinida em fontes do direito, como em leis ou precedentes, por se tratar de temas sensíveis para a sociedade, resultam em uma posição abstencionista dos atores políticos, seja por ausência de interesse ou para evitar uma vinculação à determinada posição ideológica.

A propósito, durante o julgamento do Recurso Extraordinário - RE 845.779, no ano de 2015, em que se discute o tratamento social empregado a transexuais, notadamente o acesso a banheiro público conforme a identidade de gênero do indivíduo, o ministro Luiz Fux recorreu a teoria da dúvida moral razoável, durante o seu pedido de vista, em que expôs a necessidade de estender o debate à sociedade, por se tratar de assunto sensível no seio social. Mencionou,

inclusive, o debate sobre o minimalismo judicial de Cass Sustein, em que surge a preocupação com a repercussão e alcance da tese a ser firmada.

Na oportunidade, o ministro Barroso argumentou que o minimalismo atuaria em favor do *status quo* e, nessa hipótese, os direitos fundamentais devem atuar como “trunfos” em face da maioria.

No mesmo ano, durante a exposição de votos no julgamento do RE n. 635.659, no qual há a análise da constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006), em que propõe a descriminalização do porte de droga para consumo próprio, o ministro Roberto Barroso entende se tratar de uma decisão contramajoritária delicada no seio social, principalmente por ser um debate recente, mas que promove os direitos fundamentais. Em provimento ao recurso, refere-se ao *backlash* ao limitar a tese apenas à maconha, porque o avanço para outros tipos de drogas poderia desencadear um efeito sistêmico indesejável, por isso a posição mais conservadora.

Por tratar de matérias que não alcançaram adesão majoritária, o papel iluminista e o contramajoritário exercidos pelos tribunais superiores são os mais aptos a gerar o fenômeno *backlash*, na maior parte das vezes de conotação conservadora.

Com efeito, não se pode olvidar que os movimentos conservadores são acentuados em proporção ao maior número de decisões progressistas.

No Brasil, o desenvolvimento da adjudicação do direito constitucional tem sofrido a influência de fatores políticos, econômicos e sociais. Quanto a este último, o atual descontentamento e descrença da população na política, com forte receio de retrocesso no âmbito dos direitos sociais, é considerado o estopim para diversas manifestações civis, como protestos e ocupação de escolas (BARROSO, BENVIDO, OSORIO, 2017).

Cita-se como marco o *judicial review* realizado em 2016, em que questões controvertidas foram objetos de decisões polêmicas do STF. Naquele ano foi permitida a execução de sentenças criminais após a primeira decisão de apelação, sob o argumento que os tribunais não fazem juízo de fatos e evidências, permitindo a execução provisória (BARROSO, BENVIDO, OSORIO, 2017). Em 2019, o referido entendimento foi superado (julgamentos das ações declaratórias de constitucionalidade - ADCs 43, 44 e 54), com prevalência do princípio constitucional da inocência, em placar apertado de 6 votos favoráveis apenas, gerando forte comoção popular em grande parte dos grupos conservadores.

Podem ser citados dentre as decisões polêmicas de jurisdição constitucional em que o ressentimento social é expresso pela tentativa de superação legislativa, sendo prevista na proposta original do “pacote anticrime” (Ministério da Justiça e Segurança Pública) a

possibilidade de prisão em 2º instância; no entanto, o trecho foi retirado pelos parlamentares, não sendo aprovado por ocasião da Lei nº 13.964/2019.

Trata-se de decisão recente, em que os impactos não foram completamente avaliados, limita-se esse estudo a referencia-lo dentre os temas polêmicos, em que o debate continua aberto, com concreta chance de reversão.

Também no ano de 2016, o STF proferiu a decisão na ADI n. 4.983, contra a Lei n. 15.299/2013, do Estado do Ceará, que regulamentava a prática de vaquejada como atividade esportiva e cultural.

O entendimento majoritário firmado pela Corte considerou a referida lei inconstitucional, por considerar o direito à proteção da fauna e a consequente vedação de práticas que submetem os animais a tratamentos cruéis. O controle de constitucionalidade provocou a mobilização da sociedade, principalmente por parte da população nordestina ligada à prática esportiva-cultural, através de manifestações e adesivos distribuídos com protestos a favor da atividade, resultando em reação parlamentar contrária às conclusões do STF (CHUEIRI, MACEDO, 2018).

The ruling sparked angry reactions among practitioners and supporters, and a backlash has begun, as Congress already passed a law that recognized vaquejada as part of Brazil's intangible cultural heritage, and is making every effort to approve a constitutional amendment overruling the decision (BARROSO, BENVIDO, OSORIO, 2017, p. 503).

A reversão jurisprudencial, neste caso, assumiu contornos de emenda constitucional, alterando a interpretação dada pela Corte Superior com a promulgação da EC n. 96/2017, a fim de reconhecer as práticas desportivas com animais como manifestações culturais, integrantes do patrimônio cultural brasileiro.

Por sua vez, no julgamento da ADI n. 4.277 e da arguição de preceito fundamental - ADPF n. 132, em 2011, em que se reconheceu o direito às uniões homoafetivas, como entidade familiar, diversas foram as manifestações sociais e institucionais.

Registrado através do projeto de lei do estatuto da família (PL 6583/13), em trâmite no Congresso Nacional, cuja normativa é expressamente contrária ao que foi decidido pelo STF, a tentativa de superação legislativa busca limitar o conceito de entidade familiar àquela formada pela união entre homem e mulher. Outrossim, enquetes e pesquisas demonstram a insatisfação de considerável parcela da sociedade: em consulta entre fevereiro de 2014 e 2015, 48,09% (4,9 milhões) dos brasileiros responderam serem a favor do referido projeto de lei (PIMENTEL, 2017).

Também ocorreram diversas manifestações, principalmente através de protestos, em que os brasileiros foram às ruas contra a decisão judicial e em prol do projeto de lei supramencionado, além de constantes ataques nas mídias sociais, com o consequente avanço da agenda conservadora no âmbito político (PIMENTEL, 2017).

O reconhecimento da união entre homossexuais ativou um debate legislativo claramente retrógrado, como a propositura do Projeto de Decreto Legislativo n. 234/2011, conhecido como “cura gay”, e em 2013, projeto apresentado pelo deputado Pastor Eurico, Projeto de Decreto Legislativo n. 1457/2014, com estreita semelhança com o anterior, tendo por objeto derrubar a resolução de 1999 do Conselho de Psicologia, que veda a utilização de tratamentos que objetivem reverter a homossexualidade (ZAGURSKI, 2017).

Outro exemplo de tema altamente controvertido no seio social diz respeito ao aborto, em que o STF tem atuado como gestor estratégico a fim de promover avanços sociais neste assunto. Em 2012 ampliou as hipóteses de direito ao aborto em caso de anencefalia, e em 2018 promoveu a discussão acerca do pedido de legalização da interrupção gestacional no primeiro trimestre de gravidez no bojo do processo da ADPF 442, com pretensão de tornar a tese com eficácia contra todos (RUIBAL, 2020).

Isto porque este último debate remonta o ano de 2016, quando a 1ª Turma da Corte declarou a inconstitucionalidade do crime de aborto até o terceiro mês de gestação, no julgamento do Habeas Corpus (HC) 134.306, em defesa da liberdade, integridade e autonomia da mulher, e desencadeou a opinião conservadora do Legislativo, sendo constituída comissão especial na Câmara dos Deputados para apresentar proposta de EC com a finalidade de reverter a decisão (BARROSO, 2018).

Além de se tornar uma questão chave no seio sociojurídico, é relevante na medida em que aponta interação entre organizações sociais preocupadas com o tema, promovendo debates públicos sobre a questão, notadamente com a realização de audiências públicas promovidas pela Corte em 2008 e 2018, em que diversos argumentos produzidos por atores sociais foram incorporados pelo tribunal (RUIBAL, 2020).

Destaca-se, no tocante ao assunto, o envolvimento de grupos religiosos conservadores, em que a ascensão política destes em diversos setores do Estado tivera como objetivo o bloqueio no tratamento deste tema (RUIBAL, 2020). A participação de grupos religiosos também foi demonstrada no estudo de *Roe v. Wade*, em que os movimentos antiaborto eram preexistentes à interferência judicial, porém os argumentos ligados a crenças religiosas tomaram mais força e espaço no seio da discussão jurídica, sobretudo com a politização dos líderes religiosos, na medida em que suas causas se tornaram pauta política (POST, SIEGEL, 2007).

Observa-se que as decisões em temas políticos sensíveis para sociedade empurram a jurisdição constitucional, sob o comando do STF, a decidir sobre essas questões, muitas vezes implicando em decisões contramajoritárias e inovadoras.

Todavia, ao estudarmos o efeito *backlash*, restou demonstrado que a sociedade não se mantém inerte, muitas vezes exteriorizando o descontentamento social por manifestações, protestos, idas à rua, críticas em mídias, reclamações em redes sociais, mormente a maior representação no Brasil seja através da superação legislativa.

Isso porque, embora os atores políticos representativos na maioria das vezes se abstenham de atuar em objetos de grande controvérsia e pluralidade ideológica, quando a corte superior intervém, no limite de sua competência, as reações sociais desfavoráveis impulsionam os discursos conservadores ou, se for o caso, progressistas (embora em menor proporção), a realizarem o chamado ativismo congressional.

A atividade legiferante não é vinculada às decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Ao dispor sobre o efeito vinculante e eficácia *erga omnes* das decisões de mérito nestas ações, a Constituição Federal afastou intencionalmente o Poder Legislativo destas limitações, pois são as mudanças legislativas, como atividade típica, que promovem a adequação do direito às transformações sociais.

Portanto, a reversão jurisprudencial à decisão do STF faz parte do processo constitucional, é autêntica e em consonância ao sistema de freios e contrapesos que pretende a separação de poderes. Sendo assim, as reações que despertam na sociedade a intensão de modificar o entendimento fixado em determinadas decisões judiciais poderão ser concretizadas através das próprias vias disponibilizadas e institucionalizadas pelo Direito.

Destarte, a discussão jurídica decorrente de controvérsias culturais, envolvendo todos os participantes jurídico-sociais, em que inexista uniformidade quanto à interpretação a ser aplicada, é compreendida como uma condição de normalidade para o desenvolvimento do direito constitucional (POST, SIEGEL, 2007).

Por ser constante e suscetível às alterações promovidas por fatos sociais, em que as relações políticas, sociais e culturais estão em contínua e ininterrupta transformação, o Direito e a interpretação dada às disposições constitucionais estão sempre em desenvolvimento. Assim sendo, a ampliação quanto aos participantes que conferem sentido ao ordenamento jurídico, como no caso das reações *backlash*, rompe limites e promove a democracia.

6 CONCLUSÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, diversos valores, morais e políticos, foram elevados a direitos e garantias fundamentais, fruto da redemocratização no país. Por sua vez, o cenário político e jurídico no Brasil aponta um período de transição, marcado por importantes reformas no ordenamento jurídico e crise na representatividade política, retratada por uma descrença generalizada nos setores políticos.

Neste contexto, destacam-se as discussões acerca da atuação e legitimação das cortes em assuntos de acentuada polarização ideológica, consequência da crescente judicialização dos fatos sociais, sejam de ordem cultural, social, ambiental, dentre outros temas levados ao Judiciário, por força do direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição, ainda que diante de omissão legal.

Com maior atuação em questões políticas de interesse público, especialmente naquelas que ativam forte divisão na sociedade, como os desacordos morais, a jurisdição constitucional tem despertado constantes debates na comunidade científica.

O conflito entre a legitimidade conferida aos poderes submetidos ao sufrágio popular e a atividade judicante esbarra com a dificuldade contramajoritária, o que não justifica o vilipêndio aos dispositivos constantes no arcabouço constitucional.

Embora as decisões mais progressistas possam encontrar barreiras e resistências, mais especificamente o *backlash*, existe um conjunto de direitos fundamentais, irradiantes para as demais esferas de atribuições, que não são passíveis de retrocessos, por mais contundente que seja a reação popular.

É essa força inconformada e interventora, partida da população, que origina as reações *backlash*, a fim de impor a autonomia do povo perante a ordem jurídica, quando surge o sentimento de insuficiência do poder estatal diante dos conflitos apresentados, já que desenvolvidos em uma sociedade altamente plural e heterogênea como a brasileira.

Com este estudo, observou-se que o termo possui conceituação ampla e multifacetária, podendo se referir tanto a decisões de cortes superiores, objeto que se além esta pesquisa, como também monocráticas e judiciais de 1º grau, além de políticas, em face de atos legislativos ou administrativos. Verificou-se, ainda, que pode conter teor conservador ou progressista, a depender das características do ato a que se insurge e do *status quo* que pretende defender.

Ademais, as teses norte-americanas que desenvolveram a matéria, dividem-se, basicamente, entre aqueles que subestimam os efeitos, considerando-o como uma reação contrária à solidariedade social, por ameaçar a autoridade dos tribunais, destacando-se o

minimalismo judicial, e aqueles que o inserem na ampliação do significado da Constituição, na medida em que promove os valores democráticos, encontrando maior expressão através do constitucionalismo democrático.

Nesse aspecto, esse estudo propôs analisar o efeito *backlash*, aproximando-o do contexto de jurisdição constitucional no Brasil sobre desacordos morais, para verificar se é perceptível a sua ocorrência e, caso confirmado, através de quais tipos de exteriorização.

Em que pese sejam escassos os estudos sobre o tema, o *backlash* já faz parte da consciência de diversos juristas brasileiros, inclusive do STF, posto que fora discutido e citado em diversos julgamentos, apontados neste trabalho.

Sem pretender encerrar o assunto, posto que os estudos acerca das manifestações do *backlash* no Brasil são recentes e demandam contínua avaliação, através do gerenciamento das principais reações desencadeadas com o decurso do tempo, verifica-se que decisões contramajoritárias e iluministas pela Corte Superior são as que provocam maiores reações, sendo preponderante os movimentos de cunho conservador.

Como visto, discussões jurídicas sobre temas polêmicos, que envolvem profundas controvérsias morais, geralmente constituem questões sensíveis para a sociedade e, por este mesmo motivo, são afastados das prioridades políticas, tais quais, o aborto, o direito à união homoafetiva, a descriminalização do uso de drogas, a responsabilidade de agentes públicos envolvidos em corrupção, entre outros.

Por essa razão, o papel iluminista desempenhado pelo Judiciário, tal qual o contramajoritário, ocupa importante espaço no processo político, pois atua na promoção de valores e reconhecimento de direitos igualitários anteriormente vilipendiados pelo sistema. Reivindica, pois, um ambiente de respeito mútuo e tolerância, ao passo que rompe tabus enraizados na sociedade.

Durante o estudo, verificou-se algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que já foram estudadas sob o aspecto do *backlash*. Nestas, as reações sociais se desenvolveram, em geral, através de protestos civis e da sociedade organizada, como também por ampla crítica nas mídias e redes sociais, todavia, o aspecto de maior destaque se deu com a opção pela reversão jurisprudencial através da reação legislativa.

No Brasil, algumas formas de exteriorização do *backlash* constatadas nos estudos dentro do contexto da Suprema Corte Americana não são sequer analisadas, em função do modelo de separação de poderes adotado pela Constituição Federal e os direitos e garantias nela dispostos, como aqueles que viabilizam a independência dos juízes e o exercício livre de suas atribuições.

Portanto, embora de origem americana, no Brasil o fenômeno sofre uma adaptação em diversos aspectos, assumindo contornos próprios. Como mencionado, não são todas as formas de exteriorização verificáveis no cenário brasileiro, por força das referidas garantias constitucionais e institucionais.

A análise da intensidade, por sua vez, demonstra que mesmo nos grupos mais radicais, como também em movimentos e protestos populares, não são flagrantes os atos de violência, sendo pontuais as citações quanto a atos de desobediência civil, e sequer listada qualquer reação armada, o que demonstra o caráter menos passional ou inflamado que os desdobramentos verificados no contexto estadunidense.

Outrossim, quanto ao impacto, embora seja consagrada a independência dos tribunais e juízes, moldados pelo ordenamento pátrio, e ideologicamente isentos de quaisquer pressões populares, o movimento *backlash* tem se destacado na argumentação jurídica, em votos e decisões judiciais, como também em discussões acadêmicas, ante a expressa reação política desencadeada pelos mais diversos movimentos reacionários, notadamente através do Poder Legislativo.

Restou demonstrado que as reações sociais desfavoráveis aos julgados da Suprema Corte, estudado como *backlash*, impulsionam os discursos conservadores ou, se for o caso, progressistas, constatados em menor proporção, a realizarem a superação legislativa da jurisprudência pelo constituinte reformador ou pelo legislador originário. Sendo aqueles um fator importante, embora não seja o único, a instaurar uma atuação legislativa em contramão ao entendimento fixado pela Corte, podendo, inclusive, originar uma situação jurídica mais retrógrada que aquela modificada pela decisão contestada.

A citar, após o STF considerar inconstitucional a lei que regulamentava a prática de vaquejada como atividade esportiva e cultural, seguida de profunda insatisfação pelos adeptos, foi promulgada a EC n. 96 de 2017, a fim de elevar as práticas desportivas com animais a manifestação da cultura popular. Semelhante não ocorreu com a prisão após a segunda instância, que contava com forte apoio popular, e com a reversão pelo próprio STF, proibindo-a, ocorreram diversas manifestações e reivindicações. Este é um exemplo de *backlash* que não se concretizou através da reação legislativa, demonstrando a influência de outros fatores para mutação legislativa, que não necessariamente se relacionam com a opinião popular.

Ademais, esse estudo não pretende limitar o referido efeito aos retrocessos promovidos com a emersão de grupos conservadores, pelo contrário, ao refletir sobre o fenômeno, busca demonstrar a sua incidência e a relevância para que seja administrado, a fim de fomentar o desenvolvimento de litígios estratégicos na seara judicial e o desempenho da jurisdição

constitucional fundado em razões sólidas aceitas, com razoabilidade, por aqueles que participam do processo de interpretação e concretização da Constituição.

Apesar de existentes abusos e atos arbitrários no estudo do tema, como aqueles citados e exemplificados nos casos de *Brown* e *Roe*, instigados por movimentos passionais e violentos, eles são importantes para a contextualização histórica. Exemplificam a possibilidade de arbitrariedade, razão pela qual atos semelhantes podem e devem ser contidos, posto que ilegítimos ao excederem a lei.

Atualmente, muito embora tenha prevalecido as decisões protecionistas em torno do direito fundamental à manifestação do pensamento e a vedação de censura, o próprio STF não admite o *hate speech*, de modo que as manifestações passam por uma análise de razoabilidade e legalidade.

Hodiernamente, existe uma tensão entre direito e política e, no geral, pensar em uma decisão influenciada por preceitos políticos ou pressão popular vai de encontro à segurança jurídica pretendida no seio jurisdicional. No entanto, as teorias democráticas possibilitam o diálogo intersetorial, aproximando a população do significado atribuído à Constituição.

De toda sorte, sustentando-se pela harmonia que deve dirigir as relações entre as comunidades políticas, a admissão da participação social como sujeito ativo do processo hermenêutico constitucional permite a consagração da soberania popular.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papeis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas / Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, mar. 2018.

BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. *E-book*.

BARROSO, L. R.; BENVINDO, J. Z.; OSORIO, A. Developments in Brazilian constitutional law: The year 2016 in review. **International Journal of Constitutional Law**, v. 15, n. 2, p. 495-505, 2017.

BARZOTTO, L. F. Razão de lei contribuição a uma Teoria do Princípio da Legalidade. **Revista Direito GV**, v. 3, n. 2, p. 219-260, 2007.

BRASIL, S. F. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de constitucionalidade nº 43, 44 e 54 – Distrito Federal. Relator: Marco Aurélio. **Acompanhamento Processual**, Decisão de julgamento, 07 novembro 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 05 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.758 – Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. **Inteiro Teor do Acórdão**, 16 fevereiro 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2257978>. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 5.105 – Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. **Acompanhamento Processual**, Acórdãos, 01 outubro 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308937289&ext=.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.983 – Distrito Federal. Relator: Marco Aurélio. **Acompanhamento Processual**, Decisão de julgamento, 06 outubro 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4425243>. Acesso em: 21 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635659/SP. Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal. Presença de repercussão geral. Recorrente: Francisco Benedito De Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Gilmar Mendes, 10 de setembro de 2015. 1 vídeo (3 horas 8 min 49 seg). Publicado pelo canal STF. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=d6z2l4TCIQg>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 845779/SC. Transexual. Proibição de uso de banheiro feminino em shopping center. Alegada violação à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade. Presença de repercussão geral. Recorrente: André Dos Santos Fialho. Recorrido: Beiramar Empresa Shopping Center LTDA. Relator: Min. Roberto Barroso, 19 de novembro de 2015. 1 vídeo (2 horas 45 min). Publicado pelo canal STF. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=t2nr57_Ku6c&t=2793s. Acesso em: 11 mai. 2020.

BULOS, U. L. **Curso de direito constitucional**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional**. 6. Ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CHUEIRI, V. K. D.; MACEDO, J. A. C. D. Teorias Constitucionais Progressistas, Backlash e Vaquejada. **Sequência (Florianópolis)**, Florianópolis, n. 80, p. 123-150, dez. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552018000300123&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 dez. 2020.

DE OLIVEIRA, P. E. V.; MENDES, F. F. Backlash na teoria do constitucionalismo democrático e na teoria do minimalismo judicial. **Contribuciones a las Ciencias Sociales**, n. 2018-01, jan./mar. 2018.

DICIONÁRIO **Oxford Advanced Learner's Dictionary**. Oxford: Oxford University Press, 1990.

DWORKIN, R. ¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?. **Isonomía, México**, n. 32, p. 7-29, abr. 2010. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182010000100001&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 24 mar. 2020.

ESPINDOLA, A. A. D. S. Entre a insustentabilidade a futilidade: a jurisdição, o direito e o imaginário social do juiz. In: STRECK, L. L.; TRINDADE, A. K. (Coords.). **Os Modelos de Juiz: Ensaio de Direito e Literatura**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 19-44.

FONTELES, S. S. **Direito e Backlash**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

FONTELES, S. S. **Hermenêutica constitucional**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

HÄBERLE, P. Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. **Direito Público**, [S.l.], v. 11, n. 60, p. 25-50, abr. 2015. ISSN 2236-1766. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353/1204>. Acesso em: 10 fev. 2020.

HESSE, K. **Série IDP - Temas fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

IHERING, R. V. **Fora de Série - A Luta pelo Direito**. 25. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

KAHAN, D. M. Neutral principles, motivated cognition, and some problems for constitutional law. **Harvard Law Review**, v. 125, p. 1-77, nov. 2011.

LEMOS, A. P. Constitucionalismo, democracia e a tensão insuperada: como a advocacia em defesa do casamento homoafetivo nos estados unidos superou a hipótese do backlash. **Revista de Movimentos Sociais e Conflitos**, v. 2, n. 2, p. 59-78, 2016.

LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**. 23. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARMELSTEIN, G. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional**: reações políticas ao ativismo judicial. Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro, Bolonha-Itália, p. 1-20, 2016.

Disponível em:

https://www.academia.edu/35675035/Efeito_Backlash_da_Jurisdi%C3%A7%C3%A3o_Constitucional. Acesso em: 20 jan. 2020.

MORO, S. F. A corte exemplar: considerações sobre a Corte de Warren. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Paraná, v. 36, p. 337-356, 2001.

PAES, T. S. **A influência do processo de escolha dos ministros da suprema corte na judicialização da política**: uma análise empírica do procedimento da sabatina dos indicados para o supremo tribunal federal. 2011. Dissertação (Mestrado Profissional em Poder Judiciário) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2011.

PÊPE, A. M. B. O que significa julgar. In: STRECK, L. L.; TRINDADE, A. K. (Coords.). **Os Modelos de Juiz**: Ensaios de Direito e Literatura. São Paulo: Atlas, 2015, p. 9-18.

PIMENTEL, M. B. Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. **Revista de Informação Legislativa**, 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. Acesso em: 20 mar. 2020.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review**, v. 42, p. 373-433, 2007.

RUIBAL, A. A controvérsia constitucional do aborto no Brasil: Inovação na interação entre movimento social e Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito e Práxis**, v. 11, n. 2, p. 1166-1187, 2020.

SCHUARTZ, L. F. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, n. 248, pp. 130- 158, maio/ago. 2008.

UCÍN, M. C. El rol del juez en el Litigio de Interés Público. **Revista da Faculdade da FMP**, v. 13, n. 2, pp 61-77, 2018.

VERDÚ, P. L. Tener y estar en constitución. **Revista de Derecho Político**, [S.l.], n. 75-76, jan. 2009, p. 275-285. ISSN 0211-979X. Disponível em: <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/download/9093/8686>. Acesso em: 12 mai. 2020.

VERDÚ, P. L. Última lección académica del profesor Pablo Lucas Verdú. **Revista de Derecho Político**, [S.l.], n. 27-28, jan. 1988. ISSN 2174-5625. Disponível em: <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/8383>. Acesso em: 12 mai. 2020.

ZAGURSKI, A. T. D. S. Backlash: uma reflexão sobre deliberação judicial em casos polêmicos. **Revista da AGU**, Brasília, v. 16, n. 03, p. 87-108, jul./set. 2017.